



3083

Prof. G. C. BUZZATI

della Università di Pavia

IL RINVIO

(Le renvoi - Die Rück und Weiterverweisung)

NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO



MILANO

TIPOGRAFIA L. F. COGLIATI

Via Pantano, N. 26

1898.

Finito di stampare il dì 10 Aprile 1898
nella Tipografia L. F. Cogliati
di Milano.

INDICE

I.

Introduzione.

II.

La giurisprudenza favorevole al rinvio.

III.

Le legislazioni favorevoli al rinvio.

IV.

Esame critico della teoria del rinvio.

V.

La giurisprudenza contraria al rinvio.

VI.

Il rinvio nel diritto positivo e nel diritto costituendo.

I.

Introduzione.

§ 1. " Nella dottrina dei limiti nello spazio dell'impero delle regole giuridiche, tanto le opinioni degli scrittori quanto le sentenze dei tribunali sono finora stranamente discrepanti; tedeschi, francesi, inglesi e americani sono in aperta lotta gli uni contro gli altri. Ma tutti si uniscono in un comune vivo interesse per le questioni che qui si presentano, sforzandosi di avvicinarsi, come non sogliono fare per nessun'altra dottrina giuridica. Si può dire che questa dottrina è già divenuta un bene comune delle nazioni civili, non mercè un possesso già acquistato di principii stabili, universalmente riconosciuti, ma bensì mercè la comunanza della ricerca scientifica che tende a questo possesso. „

Queste parole scriveva mezzo secolo fa C. F. di Savigny (1), intravvedendo, " splendida prospettiva nel futuro, ma comunione di diritto internazionale fra le nazioni „ (2). Oggi tutto ciò è ancora perfettamente vero: e le discrepanze nella dottrina

(1) *Sist. del dir. rom. attuale.* Trad. Scialoja, Torino 1896. vol. VIII, p. 1.

(2) Ib., p. 3 e 30

e nella giurisprudenza e il desiderio di avvicinarsi ed intendersi nei giuristi e la comunanza della ricerca nella scienza: e ancora pur troppo dobbiamo figger gli sguardi fra le nebbie di un futuro molto da noi lontano per pensare alla possibilità di una comunione di diritto internazionale privato fra gli Stati.

La difficoltà anzi di raggiungere tale uniformità di norme giuridiche, finalità del nostro diritto, crebbe col crescere del tempo: non tanto per l'aumento in numero e in complessità dei conflitti, quanto per l'aumento nei corpi di leggi nazionali di norme positive tendenti appunto alla risoluzione de' conflitti: il fenomeno è strano: ma è facile tuttavia avvertirlo e spiegar l'apparente paradosso.

Quando nel 1849 il Savigny potè credere possibile una prossima unità di diritto internazionale fra gli Stati, gran parte dei diritti nazionali non era codificata: alcuni lo erano solo parzialmente e, anche in quelli ormai ridotti a corpo di leggi, le norme di diritto internazionale erano scarse e incomplete. D'altra parte la scienza, che non molto largamente contribuiva alla elaborazione del diritto internazionale privato, cercava tentennante l'*ubi consistam* per il problema primo — il fondamento giuridico per l'applicazione del diritto straniero, — incapace di svincolarsi da' sottili equivoci, tardo resto della teorica degli statuti e di abbandonare per sempre l'antigiuridica *comitas gentium:* le occasioni infine di applicare ad un rapporto giuridico un diritto che non fosse il nazionale erano allora molto meno frequenti di adesso e per la molto minore quantità e molteplicità di relazioni fra stra-

nieri e per il non assoluto riconoscimento dei diritti civili al forestiero: la giurisprudenza quindi raramente costretta dalla rigidità delle norme positive, poco ajutata dal diritto scientifico, per quanto in molti casi discordante da paese a paese, pure a grandi linee si unificava come la scienza, per dir così, nella incertezza, ossia da questa aveva spianata la via, dalla duttilità propria offerta la giustificazione a tendere ad uniformarsi, entro certi limiti, alla unità, anche allora vivamente desiderata (1).

Ma da quell'epoca un nuovo periodo scientifico data: da un lato, nell'ordine dei fatti, aumentarono con rapidità meravigliosa le relazioni fra individui appartenenti a Stati diversi, le quali condussero infine alla complessa intensità di vita internazionale odierna; donde un più largo e necessario svolgimento del diritto: da un altro lato, nell'ordine delle idee, la mente sovrana del Savigny seppe porre il problema del diritto internazionale privato nel suo vero aspetto e additare con esattezza mirabile la sola via per raggiungerne la soluzione: e da allora tutta una nuova fioritura scientifica. La scuola italiana originali criteri genialmente introdusse nella ricerca della dipendenza di un rapporto da una legge: la germanica amorosamente completò la magnifica costruzione giuridica del maestro: la francese tentò di adattare il vecchio codice alle idee nuove, integrandone dottrinalmente le parti

(1) Evidente cosa a chi voglia esaminare i dissidii fra giudicati e giuristi nella prima metà del secolo e paragonarli ai dissidii odierni di tanto maggiori e più profondi di quelli.

mancanti: l'inglese non potè nè volle rimanere immobile al soffio di vita nuova che le veniva dal continente: la discussione scientifica si elevò ed allargò: le polemiche si fecero più appassionate: la critica approfondì l'indagine: lo studio della legislazione comparata additò questioni nuove, e tutta una ricca letteratura si svolse. Ma appunto perchè questo largo movimento si riferisce ad una scienza che da poco ha assodate le proprie basi fondamentali, la elaborazione più che tendere ad unità tende a disformità; ossia, quantunque il fine inseguito sia per tutti unico, differenti sono le vie indicate per raggiungerlo dalle varie scuole e dai differenti scienziati, ognuna e ognuno tendendo a far prevalere dovunque il concetto proprio. Certo molti errori sono ormai scoperti e abbandonati, certe teorie accennano a raccoglier l'assenso universale, la via all'unità è segnata, ma quanta discordia ancora! quanta frequente incertezza! quanta caparbia ostinazione d'immobilità in certe dottrine!

Ora, in questa seconda metà del nostro secolo, mentre più viva ferveva la discussione scientifica e più profondi si manifestavano i dissensi, la maggior parte degli Stati vide necessario o nelle nuove opere di codificazione o con leggi speciali, lasciando inalterati i codici vecchi, fermare in norme scritte i principii di diritto internazionale, fino allora in tutto o in gran parte consuetudinario. E che cosa avvenne? Ogni singolo legislatore nel codificare le norme per l'efficacia estraterritoriale delle proprie e delle altrui leggi, nel dare cioè una forma completa e perfetta, propria di norme giuridiche venute ad evolversi lentamente a traverso i secoli, ad un

complesso di regole incerte e poco evolute, troppo poco tenne fissi l'occhio e la mente alla unità universale, finalità del diritto internazionale, e rispecchiò completamente le teorie della dottrina nazionale propria, accogliendo questa nel suo corpo di leggi, non solo in quanto s'accordava con le dottrine e le legislazioni straniere, ma anche in quanto ne dissentiva — concedendo ad essa sanzione e per quanto comprendeva in sè di propriamente internazionale e per quanto in sè aveva di prettamente nazionale. In tal modo il fine immediato, individuale, per così dire, d'ogni legislatore e d'ogni Stato, di determinare l'efficacia sul suo territorio delle leggi straniere era raggiunto, ma il fine collettivo della comunità di norme di diritto internazionale era mancato e più e più allontanato il momento di raggiungerlo: in tal modo un conflitto veniva ad avere altrettante, o quasi, soluzioni quanti gli Stati dove la questione era decisa e nessuna soluzione veramente perfetta: molte soluzioni nazionalmente complete, nessuna completa internazionalmente: nel fatto quindi, conflitti più gravi e complessi.

Non c'è bisogno di lunga ricerca per aver numerose prove di codesta cristallizzazione de' dissensi scientifici nelle recenti legislazioni positive. Il Codice civile argentino del 1869 modificato nel 1882 non ammette (art. 14) nel territorio della Repubblica l'applicazione delle leggi straniere, quando le leggi argentine in conflitto con le straniere fossero più favorevoli di queste alla validità degli atti, accogliendo così ancora la celebre quanto giuridicamente assurda distinzione degli *statuta favora-*

bilia e degli *statuta odiosa* da tutti e da lungo tempo condannata come un errore. A regolar la successione, le due teorie prevalenti vogliono applicare o la legge nazionale, o la legge dell'ultimo domicilio del *de cujus*; la legge svizzera del 1891 sui rapporti di diritto civile degli svizzeri stabiliti o soggiornanti in Svizzera (applicabile anche agli stranieri colà stabiliti, art. 32), incerta fra le due teorie, fa posto ad entrambi con l'art. 22: " La successione è sottomessa alla legge dell' ultimo domicilio del defunto. Si può tuttavia con una disposizione d' ultima volontà o con un patto successorio sottomettere la propria successione alla legislazione dal cantone d' origine. „ Se vi è un principio nel diritto internazionale, antico quanto la teoria degli statuti, che sia così generalmente accettato da potersi quasi dire di diritto comune, è quello del precetto *locus regis actum:* ma il legislatore germanico non lo accetta che sussidiariamente e pone come massima nella legge introduttiva al nuovo Codice civile, art. 11: " La forma di un negozio giuridico sarà determinata dalle leggi che saranno regolatrici del rapporto giuridico costituente la sostanza del negozio. „ E gli esempi si possono moltiplicare: inutile farlo; basti constatare che, fra gli Stati che si son dati una legislazione positiva propria, non ce n'è pur uno il quale, nel codificare il diritto internazionale, si sia completamente conformato a norme in altro Stato vigenti.

Quanto gravi danni tale dissensione produca, è noto: ed è naturalmente generale il desiderio di porvi rimedio: per ciò i numerosi trattati speciali

fra due Stati per stabilire norme comuni convenzionali deroganti nei loro reciproci rapporti a qualche principio accolto nel corpo di leggi di uno degli Stati contraenti e disforme da quello corrispondente sancito ne' codici dell' altro Stato; da ciò nell' America latina la Convenzione del 1878 e quella di Montevideo del 1889, in Europa le iniziative per un accordo internazionale che, tentate dai Paesi-Bassi nel 1874, riprese dall' Italia nel 1881 e 1884, condussero finalmente alla Convenzione dell' Aja nel 1893-94. Tentativi nobilissimi e di grande importanza scientifica, ma di nessun pratico valore: per persuadersene basta ricordare che la Convenzione americana e quella europea nè sono nè hanno probabilità di andare in vigore; basta notare un fatto molto eloquente, questo: nello stesso tempo in cui all'Aja i rappresentanti di 17 Stati formavano un disegno di codificazione di diritto internazionale uniforme, la Germania, pure alla conferenza rappresentata, stava elaborando il Codice civile; migliore occasione di questa per uniformarsi ai principii accolti all' Aja non v' era; eppure la legge d' introduzione al Codice con i suoi numerosi articoli intorno alla efficacia della legge nello spazio, mostra chiaramente la nessuna considerazione in cui il legislatore tenne così il progetto dell' Aja come quella grande verità pratica, per cui è preferibile una norma comune, anche se scientificamente difettosa, a più norme differenti, anche se più teoricamente perfette.

§ 2. Tale diversità di norme nelle varie legislazioni è stata la causa prima al sorgere e all' assodarsi di una teoria, la quale venne a imbrogliare

anche più il difficile problema della risoluzione dei conflitti e che, se dovesse venire generalmente accettata, sconvolgerebbe dalle basi tutta la costruzione scientifica, tanto faticosamente edificata, del diritto internazionale privato. Venne chiamata la teoria del rinvio, in Francia *du renvoi,* in Germania *der Rück und Weiterverweisung,* ciò ch'equivale: e così potrebbe essere formulata: *la legge straniera applicabile, in virtù di una disposizione legislativa nostra, per giudicare un rapporto giuridico, è la disposizione straniera di diritto internazionale, corrispondente alla disposizione nostra.*

Un esempio chiarirà meglio il concetto. Debba un giudice italiano giudicare della capacità ad obbligarsi di una moglie prussiana domiciliata in Italia: per l'art. 6 Tit. prel. Codice civile " lo stato e la capacità delle persone e i rapporti di famiglia sono regolati dalla legge della nazione a cui esse appartengono „ quindi, secondo la vecchia teoria, il giudice italiano applicherà il Landrecht prussiano II, 1, §§ 320-328, i quali determinano la capacità ad obbligarsi della donna prussiana legata in matrimonio. Viceversa, se la questione è portata davanti al giudice prussiano, siccome il § 23 del Landrecht stabilisce che " lo stato e la capacità personale di un uomo saranno giudicati secondo le leggi della giurisdizione nella quale esso ha il suo proprio domicilio, „ essendo la moglie prussiana domiciliata in Italia, il giudice del suo paese applicherà gli art. 134 e seg. Codice civile italiano. La teoria del rinvio tutto ciò nega: non è questa, secondo essa, l'interpretazione da darsi all'art. 6 del Codice nostro e al § 23 del

Landrecht prussiano, ma invece il giudice italiano dovendo applicare alla decisione il diritto prussiano, non applicherà questo in quanto nei §§ 320-328 determina la capacità giuridica della moglie, ma questo in quanto nel § 23 stabilisce secondo qual legge dovrà esser giudicata la capacità della moglie prussiana, applicherà cioè quella disposizione del diritto prussiano che è corrispondente all' art. 6 Codice civile nostro, ossia il § 23, e siccome questo rinvia la decisione alla legge italiana, legge del domicilio, il giudice nostro dovrà accettare *il rinvio* e finalmente giudicare della capacità in questione secondo gli art. 134 e seg. Codice nostro. Viceversa per il giudice prussiano il § 23 rende applicabile la legge italiana: ma questa contiene l'art. 6: quindi deve accettare il rinvio da questa fattogli e giudicare della questione secondo i §§ 320-328 Landrecht prussiano. Ancora: per il nostro art. 8 le successioni son regolate dalla legge nazionale: ma se la legge nazionale del *de cujus* straniero stabilisce che lo siano dalla legge del domicilio o dalla legge di situazione degli immobili, io, giudice italiano, applicherò il diritto successorio italiano, se il *de cujus* era domiciliato in Italia o il diritto successorio del terzo Stato in cui esistono gli immobili. Per l' art. 9 la forma degli atti è determinata dalla legge del luogo dove son fatti: se dovrò quindi giudicare della validità formale di un testamento fatto da un italiano all'estero, io non esaminerò se il testatore abbia seguìto la forma locale, ma nel caso che la legge del paese di confezione stabilisca " il testamento deve esser fatto con la forma della *lex domicilii postremi,* " io ricer-

cherò se l'atto giuridico in questione corrisponda alla forma in vigore nel luogo di domicilio del testatore, ecc., ecc. Questi esempi bastano a chiarire codesta novissima teoria.

Essa, in fin de' conti, altro non è che un modo d'interpretazione: e ciò appunto spiega come prima che nella dottrina sia sorta nella giurisprudenza: per essa la questione è posta così: quando in un codice troviamo detto che un rapporto giuridico deve esser giudicato dalla legge nazionale, dalla legge del domicilio, dalla legge del luogo ecc., con queste espressioni s'intende riferirsi alla legge di diritto interno della nazione, del domicilio, del luogo o alla legge di diritto internazionale vigente nella nazione, nel domicilio, nel luogo? Gli art. 6 e seg. del Tit. prel. decidono essi la questione di diritto internazionale o rimandano tale decisione alla legge cui si riferiscono? La prima interpretazione è stata finora ammessa, la seconda è quella sostenuta dalla dottrina del rinvio.

Per quanto solo questione di interpretazione è però tale che, ammessa, sconvolgerebbe tutto il sistema scientifico e positivo del diritto internazionale privato: per essa sarebbe mutata la natura di qualunque articolo di codice regolante l'efficacia della legge nello spazio: esso più non avrebbe per oggetto di determinare quale sia la legge applicabile ad un rapporto giuridico, ma bensì di determinare quale sia la legge che deve indicare la legge applicabile.



II.

La giurisprudenza favorevole al rinvio.

§ 3. Per quanto strana appaja tale interpretazione, pure su di essa si è formata una ricchissima giurisprudenza, la quale applicò la teoria del rinvio non a qualche caso isolato, ma a quasi tutte le questioni di conflitti. Mette il conto di esaminarla minuziosamente. Potremo così rintracciare la genèsi di questa teoria, vedere le argomentazioni su cui posa, preparare gli elementi di un giudizio per accettarla o respingerla.

a) Filiazione naturale.

1. L'attore, nato in Francia, pretendeva esser figlio naturale di Elisa Ferguson, inglese al momento della nascita, ma sposata poi ad un francese. La presunta madre era dunque francese e francese anche il figlio, se non per una disposizione di legge quale quella del 26 giugno 1889 sull'acquisto di cittadinanza, per costante giurisprudenza anteriore per cui il figlio naturale nato in Francia da genitori ignoti doveva essere calcolato francese. Concorrevano dunque tutte le buone ragioni per applicare al caso la legge francese; ma a queste

il Tribunale volle anche aggiungere che, se anche l'attore fosse inglese, " risulta dai documenti legislativi e dai monumenti di giurisprudenza prodotti in causa che, secondo la legge inglese, lo stato delle persone è retto dalla legge del loro domicilio, e quindi che sarebbe sempre applicabile la legge francese " (1).

b) LEGITTIMAZIONE.

2. Un figlio naturale di nazionalità inglese, era nato in Belgio, dove i suoi genitori erano domiciliati. I genitori si sposano in Belgio. La legge belga ammette che il matrimonio posteriore alla nascita produca la legittimazione dei figli, la legge inglese non ammette invece questo modo di legittimazione. *Quid juris?* Il Tribunale di Bruxelles così decise: nel caso bisogna applicare la legge inglese, quella cioè che regola lo stato e la capacità di codesto inglese: ma la legge inglese stabilisce che lo stato e capacità siano retti non dalla legge nazionale, ma da quella del domicilio: il domicilio del figlio naturale è in Belgio: quindi per applicazione della legge belga esso è legittimato (2).

3. Tommaso O' Rorke, prete cattolico irlandese, nel 1818 avea abbandonato l' Irlanda e fissato in Francia il suo domicilio. Nel 1830 si era sposato e avea legittimato una figlia naturale pro-

(1) Trib. civ. Senna, 26 luglio 1894. *Journal du droit international privé*, 1894, p. 1007.

(2) Trib. civ. Bruxelles 2 marzo 1887. *Journal cit.* 1887, p. 748 e *Belgique Judiciaire* 29 maggio 1887.

creata prima. Morto, venne in discussione la validità del matrimonio (opponendosi a questa il voto di celibato) e conseguentemente anche la legittimazione. La Corte di Parigi decise: " che per apprezzare la validità del matrimonio da lui contratto in Francia bisogna, nella specie, secondo la legislazione inglese, riferirsi alla legge del domicilio che regola lo statuto personale e la capacità delle parti contraenti, „ e quindi, indipendentemente da altre ragioni d'ordine pubblico, giudicò valido il matrimonio ed efficace la legittimazione (1).

c) Patria potestà.

4. Un prussiano, separato dalla moglie e domiciliato a Roma, presentò in Germania, davanti al giudice del luogo dove viveva la moglie e dove era in vigore il diritto comune, una azione per la consegna dei figli allo scopo di provvedere alla loro educazione. Il giudice di prima istanza essendochè per diritto comune i rapporti di famiglia devono essere giudicati secondo la legge del domicilio del padre, applicò, per decidere la questione, l'art. 220 Cod. civ. italiano. Ma il Tribunale dell'Impero riformò la sentenza per i motivi seguenti: " Essendo il marito giudizialmente separato domiciliato a Roma e suddito prussiano, il giudice, applicando il diritto comune nella lite contro la moglie per la pretesa elevata dal padre circa all'educazione dei figli, bene fece a riferirsi alla legge italiana. Ma poichè l'art. 6 Tit. prel. Cod. civ. ita-

(1) Corte. Parigi 23 maggio 1888. *Journal cit.* 1888, p. 638.

liano rimanda alla legge della nazione, sia applicabile quindi il Landrecht prussiano „ (1).

d) INTERDIZIONE.

5. Un certo Francis Fenwick, inglese, andato ad abitare in Francia nella sua infanzia, vi si era fissato esercitando il commercio, avea sposato una francese, e vi possedeva beni. Non s'era mai curato di domandare l'autorizzazione al domicilio. Era dunque un inglese residente in Francia. In seguito ad azione per interdizione presentata dai suoi, il Tribunale civ. della Senna decise che, dello stato e capacità dello straniero dovendosi giudicare secondo la legge nazionale e questa riferendosi in materia di interdizione alla legge francese, ossia alla *lex loci,* dove, secondo la legge inglese il convenuto aveva il domicilio, le disposizioni della legge francese relative alla interdizione fossero nel caso da applicarsi (2).

6. Contro Alberto Weddel, inglese, la madre sua fa domanda al Tribunale della Senna per dargli un consiglio giudiziario. Il Weddel solleva la eccezione di incompetenza per esser egli di nazionalità inglese e per non aver domicilio in Francia. Il Tribunale considerato " che se per principio generale gli stranieri non son giudicabili dai Tribunali francesi per questioni di stato e capacità, questa regola subisce delle eccezioni, specialmente quando

(1) Reichsgericht 4 giugno 1886. BOLZE, *Praxis des Reichsgericht* Vol III, N. 28, p. 4.

(2) Trib. civ. Senna 19 maggio 1888. *Journal cit.* 1888, p. 791.

le parti dimorando in Francia non hanno domicilio all'estero e quando la legislazione del loro paese d'origine fa dipendere il loro statuto personale dalla legge del domicilio; che il convenuto ha in Francia domicilio di fatto; che la legge inglese fondata " sur la coûtume „ e non preoccupantesi del principio di nazionalità fa dipendere lo statuto personale dalla legge del domicilio; che in queste condizioni e senza fermarsi all'obbiezione ricavata dal fatto che non esiste in Inghilterra nella legislazione inglese una procedura che permetta come in Francia, di provvedere il prodigo di un consiglio giudiziario, è il caso di ammettere l'azione e di applicare la legge francese; per questi motivi si dichiara competente „ (1).

7. In un altro caso identico la Corte di Parigi ebbe occasione di affermare, se non di applicare, la medesima teoria. Una inglese, Cumming, domandava al Tribunale della Senna che suo figlio inglese fosse provveduto di un consiglio giudiziario per causa di prodigalità. Il 19 febbrajo 1895 il Tribunale respinse la domanda per motivi che non ci interessano. La Corte d'Appello di Parigi confermò nel dispositivo la sentenza appellata perchè non credette applicabile al caso la legge francese, per la sola ragione che non risultava abbastanza chiaramente nè che il convenuto fosse domiciliato in Francia, nè che secondo la legge inglese lo statuto personale sia retto dalla legge del domicilio. Da ciò risulta chiaramente che se l'una e l'altra cosa fossero state provate, la Corte avrebbe dato

(1) Trib. civ. Senna 6 aprile 1894. *Journal cit.* 1894, p. 531.

un consiglio giudiziario al Cumming come al Weddel, dopo aver constatato nella sentenza, anzi in conseguenza dell'aver constatato " qu'il résulte des principes généraux du droit et des dispositions de l'art. 3 Cod. civ. que les étrangers résidants en France sont régis par leur loi nationale en ce qui touche l'état et la capacité des personnes: et que la règle que le statut personnel suit la persónne est une règle d'ordre public qui s'impose au juge français au cas de conflits entre des législations différentes „ (1).

e) Separazione e Divorzio.

8. I conjugi Bigvood, inglesi, erano domiciliati in Belgio. La moglie intenta al marito davanti al Tribunale di Bruxelles una azione in divorzio per eccessi, sevizie e ingiurie gravi. Il marito opponeva la inammissibilità dell'azione perchè la legge inglese, che sosteneva dovesse esser applicata, ammetteva il divorzio solo per adulterio e per le cause invocate concede solo la separazione. Tuttavia il Tribunale pronunciò il divorzio: esso riconobbe che si trattava d'una quistione di stato e che la legge applicabile, avuto riguardo alla nazionalità dei contendenti, era la legge inglese. Ma, consultando questa legge, vide o credette vedere che essa sottoponesse lo stato delle persone, particolarmente la dissoluzione del matrimonio, alla legge del loro domicilio e ne inferì che la stessa legge

(1) Trib. civ. Senna 19 febbrajo 1895 e Corte Parigi 31 luglio 1895. *Journal cit.*, 1896, p. 147.

inglese attribuisce competenza alla legge belga: fece insomma lo stesso ragionamento che l'annotatore dalla decisione riferisce in questi termini: " La loi anglaise, dans l'espèce, renvoie à la loi du domicile, c'est-à-dire à la loi belge, en sorte qu'appliquer la loi belge, c'est appliquer la loi anglaise. „ La Corte di Bruxelles riconfermò nei motivi e nel dispositivo il giudicato e la Cassazione respinse il ricorso, non però per le ragioni del Tribunale (1).

9. Un suddito germanico, certo Emden della libera città d'Amburgo, stabilitosi a Bruxelles, vi sposò una belga. Qualche tempo dopo, colpito da una condanna penale, abbandonò il tetto conjugale e il Belgio. La moglie domandò il divorzio. Il Tribunale considerò che " per incontestato principio il divorzio è di statuto personale; che in tale materia la legge germanica si limita a prescrivere che i tribunali pronuncieranno il divorzio in tutti quei casi in cui, secondo le legislazioni in vigore, sarebbe il caso di dichiarare la separazione; che questa legge essendo muta su le cause per cui si può ammettere il divorzio, la dottrina germanica ammette che per cercarle bisogna ricorrere alle legislazioni particolari e, in loro mancanza, al diritto comune; che non esistendo in Amburgo legislazione particolare per il divorzio deve dunque esser applicato il diritto comune germanico.... „ Con queste premesse parrebbe che al Tribunale altro non restasse se non di vedere se per il di-

(1) Trib. Bruxelles 19 febbrajo 1881. Corte Bruxelles 14 maggio 1881. Cassazione Belgio 9 marzo 1882. — SIREY. 1882, 4, 17.

ritto comune germanico l'abbandono del tetto conjugale e del paese dove è fissata la famiglia sono cause sufficienti di divorzio, e negarlo o concederlo, nel caso, secondo che non sono o sono per il diritto comune ammesse come motivi di divorzio: invece il Tribunale continua così: " per il divorzio deve dunque esser applicato il diritto comune germanico e, secondo questo, lo statuto personale, e quindi le cause di divorzio sono determinate non dalla legge del paese d' origine degli sposi, ma bensì da quella del paese dove hanno il loro domicilio; che secondo la legge germanica il domicilio d'una persona è costituito dalla intenzione di stabilire la sua residenza in un luogo e da una residenza effettiva in tal luogo (!?); che, nel caso, il convenuto se non ha domicilio in Belgio secondo la legge belga lo ha ivi certo per la sua legge nazionale; per queste considerazioni la legge applicabile è la belga " (1).

10. E la sentenza del Tribunale di Bruxelles fece scuola. Tre mesi dopo, un caso identico, con la sola differenza della nazionalità degli sposi, questa volta inglesi, si presentava al Tribunale di Anversa. Il quale " atteso che la questione di sapere se il matrimonio sarà disciolto è evidentemente una questione di statuto personale; che in materia di statuto personale bisogna applicare agli stranieri la legge del loro paese, per quanto non sia in opposizione col diritto pubblico belga; che dunque la legge da applicarsi è la inglese; atteso

(1) Trib. civ. Bruxelles 1 dicembre 1894. *Journal cit.* 1896, p. 895.

che oggi la giurisprudenza inglese ammette come principio generale che lo statuto personale degli inglesi è regolato dalla legge del domicilio e che il divorzio potrà esser validamente pronunciato da giudici stranieri conformemente alle loro leggi, se il domicilio degli sposi è nella giurisdizione di quel giudice; per queste ragioni la questione di sapere se il Tribunale può applicare la legge belga alle parti si risolve in una questione di domicilio in questo senso che, per seguire la legge nazionale dell'attore, bisogna applicare questi principii, verificando se la domanda è fondata su una delle cause di divorzio ammesse dalla legge belga „ (1).

f) Obbligazioni.

11. Per giudicare della capacità ad obbligarsi di una inglese e della responsabilità del marito per i debiti della moglie, il Tribunale di Pontoise applicò la legge inglese 18 agosto 1882, per la quale la moglie inglese può obbligarsi senza il consenso del marito; ma così decise solo perchè il domicilio dei conjugi era a Londra: il Tribunale non ha trascurato di notare " qu'il est vrai que, s'il était constant que lady Abdy eût transporté définitivement son domicile en France, la loi du domicile, à laquelle la législation anglaise soumet exceptionnellement l'état et la capacité des anglais qui se sont fixés à l'étranger, pourrait être appliquable „ (2).

(1) Tribunale Anversa 16 marzo 1895. *Journal cit.* 1896, p. 655.
(2) Tribunale Pontoise 11 luglio 1894. *Journal cit.* 1895, p. 105.

g) SUCCESSIONI.

12. Un certo Forgo, figlio naturale, nato in Baviera, all'età di cinque anni era stato portato dalla madre in Francia, dove avea passato tutta la sua vita senza però curarsi di ottenere l'autorizzazione al domicilio, prescritta dall'art. 13 Cod. civ. francese. Alla sua morte, il Demanio domandò e ottenne il 16 ottobre 1871 dal Tribunale di Pau, per applicazione degli art. 713 e 768 Cod. civ. fr. l'immissione in possesso dei beni, tutti mobili, del defunto, che pareva non aver lasciato eredi. Ma, poco dopo, un'azione di petizione di eredità era presentata dai collaterali della madre naturale premorta, che secondo il Cod. bavarese, doveano esser gli eredi. La Corte di Pau (1), invocando il principio che la successione dei beni mobili è retta dalla legge del domicilio del *de cujus* e giudicando avere il Forgo, se non il domicilio legale almeno quello di fatto, per esser stato portato in Francia nella sua minorità dalla madre che ivi era legalmente domiciliata e per aver continuato a risiedervi durante la maggiorennità, respinse la domanda degli attori. Ma la Cassazione ferma al principio già prima affermato (2) che il domicilio di fatto non può equivalere al legale, cassò per falsa applicazione della giusta regola sulla successione dei mobili la sentenza di Pau (3),

(1) Corte Pau 14 marzo 1874. *Journal cit.* 1875, p. 357.

(2) Cassazione 12 gennajo 1869. DALLOZ 69, 1, 294.

(3) Cassazione 5 maggio 1875. *Journal cit.* 1875, p. 358 e DALLOZ 75, 1, 343.

e rinviò alla Corte di Bordeaux, la quale, uniformandosi alla sentenza di Cassazione, decise spettare la eredità agli attori bavaresi (1). Il Demanio allora constatando che secondo l'art. 12 part. 1 c. 2 del Codice bavarese la successione mobiliare lasciata da un suddito bavarese nel paese dove avea la sua abituale residenza era retta dalla legge di questo paese, ricorse contro la sentenza della Corte di Bordeaux, sostenendo che avea fatto una falsa applicazione della legge bavarese e con ciò violata la legge francese: e la Corte suprema accolse la domanda, considerando che siccome per la legge bavarese, nel caso in questione, la devoluzione dei beni mobili che si trovavano in Francia doveva esser retta dalla legge francese, gli eredi del Forgo non potevano avere su tali beni altro diritto di quello risultante dalla legge francese (2): la sentenza di Bordeaux che era perfettamente conforme al primo giudicato di Cassazione venne cassata. Il principio del rinvio era così affermato e la Corte di Tolosa non fece che svolgerlo: con decisione 22 maggio 1880 (3) ammise che solo la legge francese era applicabile perchè il Codice bavarese ad essa rinviava e respinse quindi la domanda dei collaterali della madre. I quali invano fecero un ultimo tentativo di ricorso in Cassazione: " Forgo, dice la decisione, non è stato naturalizzato francese, non ha perduto la sua nazionalità d'origine e non ha ottenuto dal governo

(1) Corte Bordeaux 24 maggio 1876. Sirey, 77, 2, 209.
(2) Cassazione 24 giugno 1878. *Journal cit.* 1879, p. 285.
(3) Corte Tolosa 22 maggio 1880. *Journal cit.* 1881, p. 61.

francese l'autorizzazione a stabilire il suo domicilio in Francia: la sua successione quindi deve esser retta dalla legge bavarese. Ma siccome, per la legge bavarese, si deve applicare, in materia di statuto personale, la legge del domicilio o della residenza attuale e in materia di statuto reale la legge della situazione dei beni mobili o immobili, nel caso in questione la legge francese è solo applicabile „ (1).

13. “ Il diritto inglese ammette che solo lo statuto personale debba determinarsi secondo la legge del domicilio piuttosto che secondo la legge nazionale; per conseguenza la successione di un inglese domiciliato in Belgio deve esser retta dalla legge belga „ (2).

14. Si trattava della successione di un cittadino di Francoforte che avea abitato Magonza (quindi un territorio di diritto francese) ma senza aver avuto l'autorizzazione al domicilio. L'O. A. G. di Lubecca decise per l'applicazione del diritto di Francoforte: i motivi dicono: “ se il giudice di diritto comune deve giudicare della successione secondo le leggi vigenti al domicilio del testatore, ne consegue che solo giudicherà rettamente se applicherà quelle disposizioni di legge sotto il cui dominio si trovò effettivamente il patrimonio del defunto al momento della morte. Ciò essendo, la circostanza accidentale che la questione è presentata davanti al tribunale di un paese invece che a quello d'altro paese non

(1) Cassazione 22 febbrajo 1882. *Journal cit.* 1883, p. 64.

(2) Trib. civ. Bruxelles 2 marzo 1887. *Journal cit.* 1887, p. 748 e *Belgique judiciaire* 29 maggio 1887.

può impedire l'applicazione del diritto successorio dell'ultimo domicilio: necessariamente presupponendo che al domicilio straniero del *de cujus* sia in vigore una legge successoria che si riferisce al caso in questione e che voglia allo stesso esser applicata.... Una esatta osservanza del principio di diritto comune richiede che la legislazione vigente al luogo di dimora del *de cujus* sia applicata nella sua totalità e che il caso sia quindi giudicato esattamente come lo sarebbe dai tribunali sedenti in quel luogo di dimora. „

Per cui: il giudice di Lubecca indirizzato dalla sua legge (diritto comune e diritto della città di Lubecca del 1586) ad applicare la legge dell'ultimo domicilio, Magonza, applica questa (diritto francese) nella sua totalità: e interpretandola nel senso che voglia regolata la successione dello straniero secondo la legge nazionale, rinvia finalmente la decisione al diritto successorio di Francoforte (diritto della città o Frankfurter Reformation del 1611) (1).

Notevole poi anche questa sentenza, perchè chi giudica del conflitto fra leggi di due Stati è un magistrato di un terzo Stato, che comincia ad applicar la legge propria, per sapere quale delle altre due leggi contendenti deve seguire nella sua totalità.

15. Nel Granducato di Baden morì un würtemberghese colà da più anni domiciliato. Secondo il

(1) Oberappellationsgericht di Lubecca 21 Marzo 1861. SEUFFERT *Archiv*, Vol. XIV, n. 107. Questa è la più antica sentenza ch'io conosca che affermi la teoria del rinvio.

§ 2, VI editto costituzionale badese, il " Gastrecht „ degli stranieri comprende: 1.° il diritto che il suo patrimonio abbia la stessa tutela che quello dei cittadini, 2.° che sia dato all'erede determinato da valide disposizioni di ultima volontà o dal diritto successorio della patria del *de cujus*. Nel Würtemberg invece vige il diritto comune, per il quale la successione deve regolarsi secondo la legge del domicilio del *de cujus* al momento della sua morte. L'Oberlandgericht di Karlsruhe arrivò alla conclusione che sia da applicare il diritto badese, poichè " il diritto del Würtemberg rimanda il giudice alla applicazione dello stesso diritto badese. „ Il Tribunale dell'Impero respinse il ricorso contro questa sentenza adducendo che secondo le disposizioni del citato Editto non è già proibita in modo imperativo, in qualunque circostanza, relativamente alla successione degli stranieri, l'applicazione del diritto vigente nel Baden. " Anzi le parole del citato § 2, *o secondo il diritto successorio della patria del de cujus,* comprendono anche l'osservanza di quelle disposizioni del diritto würtemberghese che da parte loro rimandano per il caso in questione al diritto non würtemberghese, proprio come se le norme giuridiche non würtemberghesi prese in riguardo facessero immediatamente parte integrante del diritto würtemberghese „ (1).

(1) Reichsgericht 16 ottobre 1885. *Annalen der badischen Gerichte,* Vol. LI, p. 373.

h) Successioni testamentarie.

16. Un appartenente al Granducato di Assia, e precisamente a quella parte (Assia renana) in cui vige il diritto francese, morì a Berlino, colà domiciliato, lasciando un testamento olografo fatto a Berlino. Dopo due giudicati del Landgericht di Magonza e dell'Oberlandgericht di Darmstadt la questione intorno alla legge da applicare alla successione venne davanti al Reichsgericht. Questo, per una molto discutibile interpretazione dell'art. 110 Cod. civ. franc. (la quale ora non c'interessa) ponendosi dal punto di vista del giudice renano decise: " Per il giudice renano l'art. 110 contiene una disposizione positiva corrispondente a questo principio giuridico generale: se il *de cujus* aveva la patria nel territorio renano e il domicilio in un altro territorio giuridico, saranno applicabili le leggi di quest'ultimo. Ma la legge, la legislazione di quest'ultimo doveva esser applicata nella sua totalità, come convincentemente dimostrò la Corte di Lubecca nella Sentenza 21 marzo 1861, ossia il caso successorio dovrà essere dal giudice renano giudicato precisamente e completamente allo stesso modo come sarebbe giudicato dai tribunali sedenti nel luogo di quel domicilio. Che questa dottrina debba condurre a un circolo inestricabile, come crede il Labbé (1), non è vero, perchè la questione di diritto internazionale è da decidersi solo una volta

(1) È questo un accenno alla critica mossa dal Labbé alla teoria del rinvio nel suo studio: *Du conflit entre la loi nationale du juge saisi et une loi étrang.*, etc. *Journal cit.* 1885, p. 5.

secondo la legge del domicilio del testatore e poi subito è da applicarsi il diritto successorio che in virtù della legge del domicilio sarà riconosciuto competente, così che se nel caso in questione fosse, secondo il diritto prussiano, da applicarsi la legge della patria del testatore, non potrebbe più di nuovo risorgere la questione di qual diritto sia da applicare secondo le leggi renane. I tribunali renani che sono chiamati a decidere intorno ad una successione aperta a Berlino devono adunque giudicare così, come giudicherebbe il tribunale berlinese competente per quella successione; e la portata dell'art. 110 è quindi questa: che se la successione nel senso dell'art. 110 è aperta all'estero, la legge del domicilio del *de cujus* debba decidere qual diritto è applicabile. Per cui la successione del M. essendo aperta a Berlino, la legge prussiana deciderà se sia da applicarsi il diritto successorio della patria o quello del domicilio del M.: secondo il diritto prussiano deve applicarsi la legge del domicilio, quindi il Landrecht prussiano. — Dovendo poi il giudice renano decidere della questione come l'avrebbe decisa il giudice prussiano, così rimane esclusa anche l'applicazione dell'art. 999 Cod. civ. francese per giudicare della validità del testamento olografo fatto a Berlino dal M. appartenente all'Assia renana. Ed invero nell'art. 999 non viene sancita l'applicazione della massima *locus regit actum* ma bensì una deviazione da essa in quanto appunto si riferisce alla validità, — relativamente ad una successione aperta in territorio di diritto renano, — di un testamento olografo fatto da un renano in un altro territorio giuridico dove tal forma è asso-

lutamente o relativamente nulla. — Per il giudice prussiano al cui posto, per quanto prima s'è detto, il giudice renano deve porsi, non esiste nessuna norma in virtù della quale a una disposizione d'ultima volontà fatta in Prussia da un appartenente ad altro Stato, possano non esser applicate le specifiche disposizioni dei §§ 161 e seg. del Landrecht prussiano I, 12; nulla importa al giudice prussiano che tale disposizione d'ultima volontà abbia piena efficacia se la successione fosse aperta nella patria del testatore. Il diritto successorio di codesta patria non entra affatto in questione e l'art. 999 non costituisce nessun privilegio talmente legato alla persona che un cittadino renano dovunque e sempre conservi, anche quando col fissare il suo domicilio in un estero Stato viene a sottoporre la propria successione alle leggi di questo Stato. Per cui il testamento del M. è nullo, non corrispondendo per la forma alle disposizioni dei §§ 161 e seg. del Landrecht prussiano I, 12 „ (1).

17. Si trattava della contestata capacità di testare per pazzia di una prussiana domiciliata in Sassonia. Il Tribunale dell'Impero decise: per applicazione del principio generale di diritto internazionale privato (prussiano) che la capacità di testare deve esser giudicata secondo le leggi imperanti al domicilio del testatore sarebbe da considerarsi come applicabile il Cod. civ. sassone. Ma siccome questo al § 7 stabilisce: “ La capacità giuridica e di agire di una persona è da giudicare secondo le

(1) Reichsgericht 27 gennajo 1888. *Entscheidungen des Reichsgericht in Zivilsachen*, 1888, Vol. XX, p. 351.

leggi dello Stato di cui è suddita „ e siccome la testatrice non aveva mai perduta la sudditanza prussiana, per giudicare della sua capacità di testare deve applicarsi il diritto prussiano (1).

(1) Reichsgericht 4 febbrajo 1892. *Zeitschrift für internationales Privat und Strafrecht*, vol. II, p. 469 e *Juristische Wochenschrift*, 892, p. 170, n.° 49. Nello stesso senso vedi pure le seguenti sentenze: Oberlandesgericht badese, 27 gennaio 1880 e 21 febbraio 1881, *Annalen der bad. Gerichte*, vol. 47 p. 145; Reichsgericht 16 ottobre 1885 e 22 settembre 1891, *Ibidem* vol. 51, p. 373. Il CATELLANI (*Del conflitto fra norme di diritto intern. privato.* Venezia 1897) e il *Journal cit.* 1893 p. 536 fra i casi di applicazione della dottrina del rinvio annoverano anche il seguente del Trib. di comm. dell'Havre 9 novembre 1891 (*Journal cit.* 1892, p. 1141): A. R. Jacobs, moglie di Myller Adderley, ambi inglesi, residenti in Francia citò, autorizzata e assistita dal marito, il rappresentante, residente in Francia, di una Società ferroviaria inglese davanti il Tribunale dell' Havre per sentirsi condannare a consegnarle un bagaglio, affidato per il trasporto alla Società inglese, e al pagamento dei danni-interessi e d'una penalità di 30 franchi per ogni giorno di ritardo alla consegna. Il convenuto eccepì che la moglie inglese, per le sue leggi nazionali non è capace, neppure con l'autorizzazione del marito, di intentare personalmente una azione mobiliare. Il Tribunale, « attendu quant à l'application de la loi anglaise, qu'il s'agit d'un contrat de transport qui devait recevoir son exécution en France, entre étrangers résidant en France et y ayant leur principal établissement: que la loi française et donc appliquable, » condannò il convenuto. Ora mi sembra inesatto annoverare questa sentenza fra quelle che ammettono il rinvio: il dispositivo è identico a quello cui sarebbe arrivato il Tribunale se avesse ammesso il rinvio: ma nella motivazione, di questo non è neppur fatto cenno. Venne applicata la legge francese non già perchè la legge inglese ad essa rinviasse, ma perchè il giudice erroneamente credette che per giudicare di un contratto di trasporto, da eseguirsi in Francia, fra stranieri, aventi in Francia la residenza e la sede del loro commercio, fosse applicabile la legge francese. La differenza fra questa dottrina e quella del rinvio è facilmente avvertibile.



III.

Le legislazioni favorevoli al rinvio.

§ 4. La lunga serie di sentenze fin qui discorsa di una cosa importante ci rende avvertiti: ossia che il problema è d'indole generale. — Non solo la teoria del rinvio, come vedemmo, si applica alla maggior parte di conflitti possibili, ma il ragionamento su cui essa teoria crede fondarsi ha potuto sedurre giudici francesi, belgi, prussiani, badesi, lubecensi, ecc. e, come fra poco vedremo, anche inglesi, americani, indiani. Il pericolo di veder accolto il rinvio nella giurisprudenza sorge per i giudici di qualsiasi paese ogni qual volta, in occasione di un conflitto, le norme di diritto internazionale delle due legislazioni al conflitto interessate siano differenti; sta nella seduzione che su qualunque magistrato può esercitare quella parvenza di verità scientifica onde la teoria del rinvio si ammanta, non già in altre estrinseche ragioni particolari alla magistratura di questo o quel paese. Ciò dico perchè il Catellani, erroneamente credendo che la dottrina del rinvio non sia stata finora accolta in modo costante se non in Francia e in Belgio e più anzi in quello che in questo Stato, cerca spiegar tale prevalenza con ragioni

di natura politica (1). " La Francia, scrive il Catellani, dopo la guerra disastrosa del 1870, si ripiegò, a dir così, su sè medesima e fu posseduta sopratutto dalla preoccupazione di rinvigorirsi come Stato, come nazione e come società: „ da ciò il desiderio di aumentare la popolazione francese e conseguentemente una legge che facilita la naturalizzazione degli stranieri e la larga parte fatta al *jus soli* nella legge del 1889 per attribuire la qualità di francesi ai figli di stranieri nati in Francia, sebbene contro l'adozione di tale criterio si appuntassero le critiche unanimi e vivaci dei giuristi. Ragioni analoghe hanno inspirato la giurisprudenza favorevole al rinvio: l'aspirazione della Francia all'aumento della popolazione poteva essere indirettamente soddisfatta con la maggior possibile assimilazione degli stranieri a quello che si è convenuto di chiamare l'ambiente giuridico del territorio francese dove risiedono, ossia con la più larga applicazione ai forestieri del diritto francese " con quella cioè che potrebbe chiamarsi la loro naturalizzazione nei rapporti del diritto privato, „ perchè quanto più gli stranieri residenti in Francia saranno retti dalla legge francese, tanto più sentiranno di vivere la vita del paese dove dimorano, e si persuaderanno ad appartenervi e saranno indotti a domandare la cittadinanza francese. Ma all'applicazione agli stranieri del diritto francese si opponeva l'interpretazione data all'art. 3 Cod. civ. fr. per la quale larga applicazione è fatta in Francia alla legge nazionale dei forestieri: quindi

(1) *Op. cit.* p. 34 e p. 41 e seg.

per togliere la difficoltà ecco pronta la teoria del rinvio la quale permette di rispettare l'art. 3, e nello stesso tempo, per rinvio della legge straniera, fa applicare agli stranieri residenti in Francia la legge francese.

Tale spiegazione che il Catellani dà è ingegnosa, ma per me punto persuasiva: basta osservare che per arrivare al risultato della applicazione del diritto francese potevano benissimo le Corti, senza ricorrere alla teoria del rinvio, far reggere gli stranieri domiciliati con autorizzazione (e anche senza: che, per giurisprudenza quasi costante, si può avere in Francia il domicilio anche non essendovi autorizzati) dalla legge francese, legge del domicilio: a far ciò non ostava nè la lettera dell'art. 3, nè l'intenzione del legislatore nel sancirlo (1). Ma questa ipotesi del Catellani varrebbe la pena di esser discussa, se fosse realmente vero che solo in Francia venne finora ammessa in modo costante la teoria del rinvio: di per sè cade quando si sia osservato che il rinvio con la identica motivazione delle sentenze francesi è ammesso in modo anche più costante dalle Corti d'altri paesi e quindi che il problema è d'indole, come dissi, generale. — Certo in Francia il rinvio non è mai stato così costantemente accolto come lo è nel Baden, dove come principio generale della risoluzione dei conflitti vale il seguente: " La pratica dei Tribunali badesi tiene costantemente fisso il principio che, se il diritto straniero, al quale le

(1) Ved. GABBA. *Il secondo matrim. della princip. di Beauffremont*, p. 189 in *Quistioni di dir. civ.* Torino, 1882.

norme badesi di diritto internazionale privato rimandano, non vuol esser applicato, ma da parte sua rinvia nuovamente al diritto badese o a un terzo diritto, sia da applicarsi il diritto che risulta da questo rinvio „ (1).

E più costante ancora, se possibile, della badese è la giurisprudenza anglo-americana. In materia di successione di mobili la teoria del rinvio è dai giudici inglesi e americani elevata a unico principio giuridico applicabile.

È noto come “ la dottrina unanimemente riconosciuta dalla *common law* è che la divisione dei beni mobili d'una persona morta intestata deve essere retta dalla legge del paese nel quale il defunto era domiciliato all'epoca della morte, senza avere riguardo al luogo di nascita, al domicilio d'origine, al luogo di morte o alla situazione dei beni „ (2). — Ma bisogna osservare che l'espressione “ legge

(1) NIEMEYER. *Das in Deutschland geltende internat. Privatr.* Leipzig 1894, § 128. BÖHM. *Die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen* § 30, p. 177 e seg.

(2) DICEY. *Le statut person. anglais*, trad. Stocquart, Paris, 1888, vol. II, art. 66, n. 232 e *A digest of the law of England with referense to the conflict of laws*, London, 1896, cap. XXX. STORY, *Commentaries on the conflict of laws*.Boston, 1883, n. 481 « The universal doctrine is that the succession to personal property is governed exclusively by the law the actual domicil of the intestate at the time of his death. » PHILLIMORE, *Commentaries upon internat. law*, London, 1889, vol. IV, numero DCCCLXXV. RATTIGAN, *Private internat. law*, London, 1895, n. 51. BURGE, *Commentaries on colonial and foreign law etc.*, London, 1838, p. 586 e seg. WESTLAKE, *Lehrbuch des internat. Privatr.*, trad. Holtzendorff. Berlin, 1884, § 54 e *La doctrine anglaise, Journal cit.*, 1881, p. 319. Il principio ha valore anche nel diritto interstatuale americano, vedi RORER, *Interstate law*, Chicago, 1893, Chap. XX, n. III.

del domicilio „ non significa necessariamente in questo caso le regole che sono applicabili ai nazionali del paese in cui il defunto aveva il domicilio, ma bensì quelle regole che secondo la legge del domicilio erano applicabili al caso in questione. Per es. se si discute davanti ai Tribunali inglesi della successione mobiliare di un inglese morto domiciliato in Francia, il giudice non applicherà alla decisione il Lib. III, Tit. I Cod. civ. francese, ma bensì la legge che il giudice francese avrebbe applicato: e siccome questo avrebbe giudicato della successione mobiliare di un inglese secondo la legge inglese, così questa infine sarà applicabile al caso „ (1).

Il Dicey per spiegare la dottrina inglese porta questi esempi che fanno proprio al caso nostro.

D. suddito inglese domiciliato in Francia muore intestato a Londra. I mobili della sua casa di Londra saranno ripartiti secondo le regole che governano in Francia la successione mobiliare di un suddito inglese domiciliato in Francia.

D. suddito inglese muore domiciliato al Paraguay lasciando la sua proprietà mobile in Inghilterra; secondo le leggi inglesi, A. non avrebbe potuto succedere: secondo la legge del Paraguay sarebbe stato l'erede. I tribunali inglesi, dovendo giudicare della successione mobiliare in Inghilterra, decisero precisamente come avrebbero fatto

(1) Dicey, *Op. cit. loc. cit.* Williams, *Executors*, p. 1401, nota (u.) cit. ibidem. Westlake, *Op. cit.* § 55 e *Cas de droit internat. jugés par le trib. anglais. Revue de droit internat.*, 1874, p. 620.

i giudici del Paraguay e riconobbero A. come erede (1).

D. suddito inglese, domiciliato in Portogallo, muore lasciando un figlio illegittimo, il quale per diritto inglese non poteva succedere e per la legge portoghese aveva diritto alla successione. La Corte inglese attribuì al figlio il diritto di raccogliere i mobili esistenti in Inghilterra (2).

Lord Howden muore intestato in Francia senza aver avuto l'autorizzazione al domicilio. Il vice-cancelliere Bacone regola la devoluzione dei beni mobili del defunto come la legge francese regola quella di un inglese, domiciliato di fatto in Francia (3). E così via (4): quante sentenze e tante applicazioni della teoria del rinvio: la quale è sempre applicata in Inghilterra anche per giudicare della validità formale dei testamenti dei non sudditi britannici.

(1) *Lynt c. Government of Paraguay. Law Reports*, vol. I, *Probate and Divoree C.*

(2) *Doglioni c. Crispin. Law Reports*, vol. I, *House of Lords*, 301.

(3) *Hamilton c. Dallas. Wechly Reports*, vol. XXIV, p. 264 e *Journal cit.*, 1876, p. 377.

(4) *Freke c. Lord Carbery, Law Reports*, vol. 46, *Equity*, p. 461; *Potter c. Brown*, 5 *East* 130 cit. in STORY, *Op. cit.*, n. 465, nota 4; *Ferraris c. Hertford, Curteis Reports*, vol. III, pag. 468. *In Goods of Marawer, Haggards Eccles. Reports*, vol. I, p. 498. *Whicker c. Hume. Law Journal*, vol. 28, *Chancery Div.*, p. 396. *Thornton c. Curling, Simon's Report*, vol. 8, p. 310, e i moltissimi casi citati in STORY. *Op. cit.*, note a n. 465 e seg.; in PHILLIMORE, *Op. cit.*, vol. IV, Chap. XLIII, note; in WESTLAKE, *Op. cit.*, § 55, nota, in DICEY, *A digest, loc. dit.* Per la giurisprudenza americana ved. *Moore c. Budd, Haggard's Ecclesiastical Reports*, vol. IV, p. 346 e 352, tutte le sentenze cit. in STORY, *Op. cit.*, n. 468. note 3, 4 e (a) e le *American Notes* del BASSETT MOORE al cap. XXX del *Digest* di DICEY.

Il principio generale che regge tanto la successione mobiliare testamentaria che quella *ab intestato*, è che la legge del domicilio del *de cujus* all'epoca della morte regola non solo la ripartizione della successione mobiliare, ma determina qual'è l'ultimo testamento, decide della sua validità e ciò senza riguardo al luogo di nascita o a quello della morte, nè alla nazionalità del defunto nè alla situazione dei mobili al momento del decesso. Questo principio da cui in alcuni casi e fino a un certo punto le Corti inglesi si allontanano quando devono apprezzare la validità di un testamento fatto da un suddito britannico (1) è applicato senza riserva alcuna quando si tratta di testamenti fatti in Inghilterra e all'estero da stranieri che secondo la legge del domicilio siano validi (2). La tendenza dei tribunali inglesi è di considerare tali testamenti *esattamente come* lo farebbero i tribunali del paese di domicilio.

Da ciò due conseguenze risultano:

1. che se il defunto è uno straniero, domiciliato in Inghilterra, il giudice inglese per giudicare della validità formale del testamento si porrà la domanda: è il testamento fatto secondo le prescrizioni del *Wills Act. 1 Vict. c. 26?* Se sì, dichiarerà il testamento valido senza aver riguardo nè alla legge nazionale del testatore, nè alla legge del luogo di situazione dei mobili, nè a quello del luogo di morte, nè a quello di rogazione dell'atto.

(1) Eccezioni portate solo per i sudditi britannici dal *Foreign Wills Act 24 e 25 Vict. ch. 121* noto anche con il nome di *Kingsdown's Act* di cui vedremo appresso.

(2) Vedi nota 1 a pag. 45.

2. che se il defunto è uno straniero domiciliato all'estero il giudice inglese si porrà la domanda: i giudici del domicilio del testatore giudicherebbero valido tale testamento? e deciderà esattamente come quelli avrebbero deciso. Ciò che appunto importa l'ammissione in alcuni casi (1) della teoria del rinvio: ed invero trattisi di un neerlandese, domiciliato in Italia che muore lasciando dei beni mobili in Inghilterra e un testamento fatto in Prussia, davanti al presidente del tribunale (2). Il magistrato inglese si domanderà: per il giudice, o ciò ch'equivale, per la legge italiana, legge del domicilio, sarà il testamento valido? E siccome per applicazione dell'art. 9 al. 1 Disp. prel. il testamento sarebbe valido, tale lo riterrà il giudice inglese. Ecco il rinvio: il testamento è valido per applicazione, dice il principio inglese, della legge del domicilio; ma questa rinvia alla *lex loci actus* e quindi effettivamente il testamento è valido per applicazione della legge prussiana cui il giudice inglese dall' art. 9, al. 1 Disp. prel. è rinviato.

" Dicendo che la legge del domicilio del defunto

(1) Naturalmente solo nei casi in cui il rinvio è possibile: se nell'ipotesi che segue nel testo il neerlandese invece di fare il testamento in Prussia lo avesse fatto in Italia davanti a notaio come prescrivono gli art. 776 e seg. Cod. civ. nostro, il rinvio anche in questo caso sarebbe stato ammesso, ma non sarebbe, per così dire, percepibile, appartenendo l'art. 9 Disp. prel. e gli art. 776 e seg. alla medesima legislazione italiana, ossia del luogo di domicilio del testatore. Vedi appunto in questo senso De Fogassier c. Duport, 11 *Law Reports, Chancery Division*, p. 123, decisione *per curiam*.

(2) Forma prescritta dal Landrecht prussiano I, 12, § 66 e seg.

regge la sua successione, scrive il Williams (1), noi non intendiamo sempre con ciò la legge comune, ma in certi casi (2), la legge speciale che la legislazione dello Stato rende applicabile agli stranieri che vi muoiono domiciliati, e che non è applicabile agli indigeni. Così nel caso Collier c. Rivaz, il testatore, suddito inglese, morì essendo domiciliato nel Belgio, lasciando un testamento che non era stato fatto secondo le forme della legge belga; ma questa decide che nel caso in questione, la successione non deve essere retta dai principii ordinari del Code civil, ai quali sono sottoposti i belgi, ma bensì dalla legge nazionale del testatore. E fu deciso che il testamento valido secondo la legge inglese, " doveva essere riconosciuto come tale in Belgio. „

E il Dicey (3) " La question de savoir si un testament est fait en due forme, ou en d'autres termes si au point de vue de la forme, il est valable ou non, doit être tranchée *d'après* la loi du domicile du testateur; mais notez que la " loi du domicile

(1) WILLIAMS, *On Executors*, pag. 353, cit. in DICEY, *Op. cit.*, vol. II, p. 270. Vedi inoltre DICEY, *Op. cit.*, n. 233 e seg. e cap. XXX. WESTLAKE, *Op. cit.*, § 74-78 e *La doctr. angl. Journ. cit.*, 1881, p. 319 STORY, *Op. cit.*, n. 465 e seg. PHILLIMORE, *Op. cit.*, vol. IV, numero DCCCLXIV, il quale constata come « England and the North American U. S. used unwisely, arbitrarily and unphilosophically » seguire codesto principio. BURGE, *Op. cit.*, p. 217 e seg., 586 e seg. WHARTON, *A treatise on the conflict of laws* Philadelphia, 1881, n. 588. LAWRENCE, *Commentaire sur Wheaton*, Leipzig, 1868-1880, vol. III, pag. 123. RATTIGAN, *Op. cit.*, n. 51. RORER, *Op. cit.*, Chap. XX, n. IV.

(2) Vedi nota 1, pag. 44.

(3) DICEY, *Op. cit.*, n. 237.

du testateur „ signifie la loi ou la règle *applicable à un cas spécial.* „

Ciò risulta da una infinità di sentenze (1).

Nel caso Collier c. Rivaz si trattava della successione mobiliare di un inglese, morto domiciliato senza autorizzazione a Bruxelles. Lasciava un testamento e un codicillo fatti secondo la forma inglese del *Wills Act*, 1, *Vict.* c. 26. Sir Herbert Jenner, giudice inglese, partì dal principio: decisivo è il diritto belga: quindi si domandò se per il Code civil il testamento di un inglese domiciliato in Belgio, fatto con forma inglese, fosse valido; da due *affidavit* presentati alla Corte risultava che secondo il Code civil alla successione degli stra-

(1) Insisto su questo punto per due ragioni: prima per far risultare chiaramente come la giurisprudenza inglese e americana ammetta in materia di successione mobiliare costantemente il rinvio; poi perchè i giuristi continentali mostrano di non aver per nulla avvertito e compreso tale dottrina anglo-americana: con poco mirabile accordo ripetono che in Inghilterra la successione mobiliare *ab intestato* e testamentaria si fa reggere dalla *lex domicilii* del *de cujus* senza neppur supporre che le parole « legge del domicilio » siano in codesto particolar modo intese. Cfr. WEISS, *Traité élém. de droit internat. privé*, Paris, 1890, pag. 708, nota 1. SURVILLE ARTHUYS, *Cours élém. de droit internat. privé*, Paris, 1890, n. 351. LAURENT, *Droit civil internat.*, Paris, 1880, vol. II, n. 129 e seg. v. BAR, *Théorie u. Praxis des internat. Privatrechts*, Hannover, 1889-90, vol. II, n. 365, nota 30, n. 370, n. 377. nota 58. CATELLANI, *Il diritto internaz. privato*, Torino, 1883-1888, vol. III, n. 740. FIORE, *Diritto internaz. privato*, Firenze, 1874, n. 407 e n. 404, dove osserva bensì che « la giurisprudenza inglese ha pure sanzionato il principio che una disposizione testamentaria riguardante beni mobili possa esser fatta secondo la legge della patria del testatore, » ma senza avvertire che ciò appunto, come nel caso Collier c. Rivaz, può avvenire solo in virtù del rinvio.

nieri è applicabile il diritto successorio belga solo se gli stranieri avevano ottenuto l'autorizzazione al domicilio in Belgio; per la successione di quelli domiciliativi senza autorizzazione era applicabile la legge loro nazionale; dunque, dichiarò Sir Herbert Jenner, il testamento fatto da un inglese in forma inglese, per il diritto belga è valido, e decise per la validità (1).

Nel caso De Fogassieras c. Duport (2), un francese, domiciliato in Francia, fa in patria un testamento con la forma inglese, col quale lega ad alcuni *trustees,* nominati anche esecutori testamentari, tutti i suoi beni mobili situati in Inghilterra e Irlanda e dispone pure in loro favore de'suoi *leaseholds* in Irlanda e dei *chattels* immobiliari in Inghilterra e Irlanda. La Corte decide che relativamente ai *chattels* il testamento è valido (3) ma che è radicalmente nullo per quanto riguarda la *personal property* ossia i beni mobili e ciò perchè secondo la legge francese un francese non può validamente in patria fare un testamento con forma straniera.

(1) *Curties Ecclesiastical Reports*, II, p. 855. Il KAHN, *Gesetzkollisionen* nei *Jhering's Jahrbücher,* vol. XXX, p. 1 e seg. osserva giustamente (p. 17, nota 1) come il giudice inglese erroneamente credette che per il diritto belga il principio applicabile alla sostanza delle disposizioni testamentarie valesse anche per la forma del testamento: ciò che del resto facilmente si spiega col sistema seguito in Inghilterra e America di provare il diritto straniero come un fatto e di costringere quindi il giudice ad ammettere ciò che gli viene negli *affidavit* riferito.

(2) Vedi nota 1, pag. 44.

(3) E ciò in base al principio che per la successione immobiliare la *lex rei sitae* è applicabile per giudicar di tutte le questioni successorie, capacità, sostanza e forma delle disposizioni, ecc. ecc.

Se invece il testatore avesse fatto il suo testamento con forme inglesi, mentre si trovava in Inghilterra, siccome in tal caso per applicazione dell' art. 999 Code civil sarebbe stato valido in Francia, tale sarebbe pure in Inghilterra anche per i mobili: e così venne deciso In Goods of Lacroix (1).

Nel caso Maltrass c. Maltrass (2) il d.r Lushington, giudice, riafferma il principio del rinvio; " poichè, quando noi parliamo della legge del domicilio applicantesi alla legge successoria, noi intendiamo non la legge generale, ma la legge che il paese del domicilio applica a ogni caso particolare. „ E il rinvio venne costantemente applicato in infinito numero di sentenze inglesi e americane che è superfluo riferire (3).

(1) *Law Reports*, II, *Probate and Divorce*, p. 94.

(2) *Robinson's Eccles. Reports*, I, p. 72 e *Journal cit.*, 1874, pag. 92.

(3) « In tutte le questioni relative alle successioni mobiliari la decisione del tribunale del domicilio del defunto *lega* i tribunali inglesi ogni volta che le stesse questioni fra le stesse parti sono state decise da quel tribunale » in Doglioni c. Crispin, *Law Reports*, vol. I, *House of Lords*, p. 301: « È valido in Inghilterra un testamento che è valido in virtù della legge del domicilio del testatore o che è stato riconosciuto tale dai tribunali di quel domicilio straniero » in Goods of Deshais, *Law Journal*, vol. 34, p. 58; Craigie c. Lewin, *Curteis' Report*, vol. 3, p. 435; de Zichy Ferrario c. Lord Hertford, *ibidem*, p. 468, 486; Bremer c. Freeman, *Moore's Privy Council cases*, vol. 10, p. 306; Enohin c. Wylie, *Law Journal*, vol. 31, *Chancery Div.*, p. 402; Trafford c. Blanc, *Law Reports*, vol. 36, *Chancery Div.*, p. 609; Bloxam c. Favre, *ibidem*, vol. 50, p. 766 e *Journal cit.*, 1885, p. 120. Crookenden c. Fuller, *Swabey and Tristram's Reports*, vol. 1, p. 442, Laneuville c. Anderson, *ibidem*, vol. 2, p. 31. Per la giurisprudenza americana bastino: il caso Wurts

Eguale sistema seguono i giudici anglo-indiani nell'interpretare l'*Indian Succession Act, 1865*, art. 5 al. 2. " Nelle Indie Britanniche la successione mobiliare è retta dalla legge del paese del domicilio al momento della morte „ (1).

Codesta costante accettazione della teoria del rinvio era ammessa prima del 1861 in Inghilterra per giudicare di tutte le questioni relative alla successione mobiliare così di stranieri come di inglesi. Ma per la forma (e solo per la forma) dei testamenti, disponenti di mobili, fatti da sudditi britannici, qualche deroga alla prevalenza della *lex domicilii* in tal modo intesa, venne portata dal *Foreign Wills Act 24 e 25, Vict. ch. 114* del 6 agosto 1861 noto col nome di *Lord Kingsdown's Act.* Per esso (Sez. 2) qualunque testamento fatto nel territorio del Regno Unito da un suddito britannico, con forma inglese, sarà valido, qualunque sia il domicilio del testatore; e (Sez. 1) qualunque testamento fatto all'estero da un suddito britannico sarà valido nel Regno Unito *se sarà fatto nella forma* richiesta (*if the same be made according the form required*, ecc.) dalla legge del luogo in cui testa, o dalla legge del domicilio del testatore al momento in cui testa, o infine dalla legge in vigore in quella parte dei dominii di S. M. dove aveva il domicilio di origine, qualunque altro sia il domicilio del testatore al momento della confezione o al momento della morte.

deciso dalla Corte d'Appello di Nuova York, *Journal cit.*, 1874, p. 86; le sentenze citate in STORY, *Op. cit.*, n. 465; e le sentenze citate in nota 4, pag. 42, e in *American Notes* a cap. XXX del *Digest* del DICEY.

(1) Vedi casi citati in DICEY, *Op. cit.* Append., nota XII.

Ma questa legge ha avuto solo lo scopo di permettere ai giudici inglesi di convalidare un testamento di un inglese che non fosse valido per applicazione della legge del domicilio intesa nel senso del rinvio (1): questa, così intesa, ha ancora pieno vigore; le disposizioni del *Lord Kingsdown's Act* non sono che ad essa sussidiarie; ciò risulta chiaramente dalla Sez. 4 dello stesso atto: " Nessuna delle disposizioni del presente atto invaliderà (relativamente ai mobili) il testamento che sarebbe stato valido senza il presente atto. „ Per cui il suddito inglese, domiciliato in Italia, originario del Canadà e che fosse temporaneamente in Germania avrebbe la scelta fra la forma testamentaria italiana (*lex domicilii*), la canadense (*lex domicilii originis*), e la germanica (*lex loci actus*); ma se egli poi facesse un testamento con la forma inglese, ipotesi che non cade in nessuno dei casi previsti dall'atto del 1861, sarebbe pur tuttavia valido per il solito principio generale della prevalenza della legge del domicilio, ossia sarebbe valido perchè l'art. 9 Disp. prel. Cod. civ. it. ammette la validità della forma nazionale del disponente, quindi rinvia alla legge inglese.

Non solo dunque l'atto del '61 non deroga al principio generale della prevalenza della *lex domicilii* intesa nel senso del rinvio, ma le disposizioni dell'atto stesso sono alle volte in tal senso interpretate: dal modo stesso in cui la Sez. 1 dell'atto è redatta (2), parrebbe doversi assolutamente esclu-

(1) Cfr. DICEY, *Op. cit.*, n. 234 e App. nota IX dove è riportato l'atto del 1861.

(2) « Sect. 1, Every will and other testamentary instrument.... shall be held to be well executed..,. in England and Ireland..., and

dere qualunque interpretazione favorevole al rinvio: ma pure per il giudice inglese così non è: ed invero nel 1875 circa, un tale Lacroix, nato francese, naturalizzato inglese, di domicilio incerto, muore lasciando un testamento fatto a Parigi con forma inglese: il testamento non ricadeva nella disposizione della Sez. 2 dell' atto del 1861, perchè non fatto sul territorio del Regno Unito; non ricadeva in nessuna delle ipotesi previste dalla Sez. 1, perchè non avea seguito la forma *legis loci actus*, perchè di *domicilius originis* non era da parlare, non appartenendo per origine ai domini di S. M. e di semplice domicilio neppure, perchè era incerto: questa incertezza portava con sè la inapplicabilità del principio generale della prevalenza della legge del domicilio nel senso del rinvio: sembrerebbe quindi impossibile dichiararlo valido, ma non fu così: il giudice inglese ragionò in tal modo: l'atto del '61 stabilisce che il testamento dell'inglese è valido se è fatto nella forma richiesta dalla *lex loci actus*; il testamento è fatto a Parigi; la legge francese per i testamenti fatti in Francia da stranieri richiede o la forma francese o la forma nazionale del testatore: questi ha fatto il testamento con la forma nazionale, quindi è valido (1).

§ 5. L' applicazione frequente della teoria del rinvio da parte della giurisprudenza francese, belga

in Scotland.... if te same be made *according* to the forms required either by the Law of the place, ecc.; » la stessa formola « *according* to the forms required » è adoperata anche nella sez. 2.

(1) In the goods of Lacroix, 20 feb. 1877. *Law Reports*, vol. 2, *Probate Div.*, p. 94, e WESTLAKE, *Cas de dr. internat. jugés en Angleterre. Revue de dr. internat.*, 1878, p. 542.

e germanica e quella costante in materia successoria mobiliare da parte de' giudici inglesi, americani e indiani e costante in tutti i casi da parte della magistratura badese possono giustamente meravigliare il lettore quando voglia osservare come l'adozione di tale criterio venga a sovvertire completamente le soluzioni date alle questioni di diritto internazionale privato dalla scienza e nella pratica dai tempi di Bartolo ai nostri. Tuttavia ancor più meraviglioso è il fatto che nella seconda metà del secolo nostro la teoria del rinvio abbia potuto esser accolta nel diritto positivo.

La più vecchia disposizione positiva che, relativamente almeno, stabilisca il rinvio è, per quanto so, quella del Cod. civ. del cantone di Zurigo del 1854 (1). Il § 1 del Cod. stabilisce generalmente l'applicazione del diritto territoriale: “ Il diritto civile zurighese si applica principalmente e soltanto a tutte le persone, cittadine e straniere, che abitano o si trattengono o adiscono i tribunali nel cantone di Zurigo e a tutti i rapporti privati che divengono effettivi nel Cantone in quanto la speciale natura di un particolare rapporto giuridico non richieda o l'applicazione di un diritto straniero nel territorio zurighese o l'estensione del diritto zurighese su di un territorio straniero. „ Ma i successivi paragrafi dispongono: “ § 2, al. 1. Le qualificazioni giuridiche dei zurighesi (capacità giuridica e di agire) si regolano anche all' estero secondo il diritto della loro patria. Egualmente sotto questo riguardo con-

(1) MEILI, *Die Kodification des internat. Civil u. Handelrechts*, Leipzig, 1891, n. 18 a,

tinuerà ad esser applicato nel Cantone agli stranieri al Cantone il loro diritto patrio, *se questo secondo il diritto dello Stato cui appartengono dovrà esser applicato.* § 3. Egualmente vale il diritto del luogo d'origine (Heimatsort) per regolare i rapporti di famiglia dei zurighesi, come pure il diritto del luogo d'origine del *de cujus* per le questioni della sua successione. I rapporti di famiglia degli stranieri al Cantone che abitano nel Cantone e la successione degli stranieri al Cantone che nel Cantone hanno abitato saranno giudicati secondo il diritto della loro patria *in quanto il diritto dello Stato cui essi appartengono, tale diritto prescriva.* „ Queste disposizioni sono state accolte nel Cod. civ. del Cantone di Sciaffusa del 1864 e sono tuttavia in vigore (1): a Zurigo venne nel 1887 promulgato il nuovo Cod. il quale del resto nessuna riforma per noi importante su questo punto introdusse: ed invero, lasciato inalterato il § 1, le disposizioni dei paragrafi riferiti vennero modificate così: " § 3. Il diritto del luogo di origine vale per i rapporti di famiglia dei cittadini del Cantone di Zurigo. I rapporti di famiglia degli stranieri al Cantone, che nel Cantone dimorano, in tanto saranno giudicati secondo il diritto della loro patria, *in quanto il diritto dello Stato al quale appartengono lo prescriva.* § 4. Per la successione vale il diritto del luogo d'origine del *de cujus.* La successione degli stranieri al Cantone che nel Cantone hanno abitato in tanto sarà giudicata secondo il diritto della loro patria, *in quanto il diritto dello Stato cui appartengono, lo*

(1) *Ibidem,* n. 18 c.

prescriva „ (1). La legislazione civile del Cantone di Zug del 1861 (2) stabilisce pure nei §§ 1 e 2 norme sostanzialmente e quasi formalmente identiche a quelle di Zurigo.

Una cosa però è da osservare relativamente a tutte queste disposizioni: che cioè ammettono bensì il rinvio, ma purchè sia nel senso della prevalenza della legge nazionale, non già se dal rinvio ne dovesse derivare l'applicazione di una terza legge. Del resto poi l'efficacia di queste disposizioni è molto meno frequente di prima che fosse promulgata la legge del 25 giugno 1891.

Anche in questa però è fatto posto al rinvio con l'art. 28: " Les règles suivantes sont applicables aux suisses domiciliés à l'étranger . . . . .

2.° si, d'après la législation étrangère, ces suisses ne sont point régis par le droit étranger, c'est le droit du canton d'origine qui leur est appliqué. „

Dopo di queste, la prima legge che abbia stabilito il rinvio è quella ungherese del 1895 sul matrimonio (3), forse per influenza della Conferenza

(1) *Ibidem*, n. 18 a, e *Code civil du Canton du Zurich de 1887 traduit par* Lehr, Paris, 1890.

(2) Meili, *Op. cit.*, n. 18 b. Forse anche dalla legislazione grigiona del 1862 è sancito il rinvio in quanto nel § 1 è stabilito: « Le disposizioni di questa legge trovano applicazione, relativamente al diritto delle persone, agli stranieri al Cantone in questo domiciliati o dimoranti in quanto *la legge* o la natura del rapporto giuridico in questione non richieda l'applicazione di un diritto straniero » dove la parola *la legge* potrebbe esser intesa non nel senso di legge grigiona (visto anche che nessuna altra disposizione esiste in quel Codice relativa alla capacità od alla successione degli stranieri) ma nel senso di legge straniera. Cfr. *Ibidem*, n. 18 c.

(3) Legge XXXI sul diritto matrimoniale in *Annuaire de la Soc. de législ. comparée*, 1895, p. 355. Riferisco la legge in francese, secondo la traduzione ivi datane dal Dareste.

dell'Aja: " Art. 108. La validité des mariages contractés à l'étranger devra être appréciée en ce qui concerne l'âge et la capacité, exclusivement d'après la loi nationale de chacun des époux, et à tous autres égards d'après la loi nationale de chacun des époux (1), à moins qu'elles ne prescrivent l'application d' une autre loi, ou que la présente loi ne dispose autrement (2). Art. 109. Lorsqu'un sujet hongrois de sexe masculin épouse une femme étrangère, soit en Hongrie, soit à l'étranger, la validité du mariage, à l'exception de l'âge et de la capacité de la femme, sera appréciée d'après la loi hongroise. Art. 111, al. 2. Les dispositions des art. 108 et 109 s'appliqueront d'ailleurs aux mariages contractées en Hongrie par des étrangers. „

Il rinvio in questa legge è sancito in tutta la sua larghezza e non solo ai matrimoni celebrati fra stranieri in Ungheria, ma anche per giudicare di quelli celebrati da stranieri all'estero.

Meno largamente infine accolse la teoria del rinvio il nuovo Cod. civ. germanico. Questo, dopo aver stabilito che la legge nazionale regge la capacità giuridica della persona (art. 7, al. 1 della Legge introduttiva); la validità intrinseca del matrimonio tanto celebrato da tedeschi all' estero che da stranieri in Germania (art. 13, al. 1) e la successione dello straniero domiciliato in Germa-

(1) Ossia per tutto ciò che non concerne l'età e la capacità, le leggi nazionali degli sposi dovranno applicarsi simultaneamente. Per conseguenza se una di queste leggi stabilisce una causa di nullità che l'altra non conosca, la nullità sarà pronunciata.

(2) Come fa nel successivo art. 109.

nia (art. 25): che secondo la legge nazionale del marito al momento del matrimonio devono giudicarsi i rapporti patrimoniali fra conjugi, anche se questi, stranieri, hanno il loro domicilio in Germania e se il marito dopo il matrimonio acquista la cittadinanza tedesca (art. 15, al. 2); e la separazione (art. 17, al. 1), aggiunge: " Art. 27. Se, secondo il diritto di uno Stato straniero, le cui leggi per l'art. 7 al. 1, per l'art. 13 al. 1, per l'art. 15 al. 2, per l'art. 18 al. 1 e per l'art. 25 sono dichiarate competenti, devono applicarsi le leggi germaniche, queste trovano applicazione. „

Con ciò è ammesso il rinvio, ma solo relativamente alle leggi tedesche: non relativamente a quelle d'un terzo Stato.

Infine la novissima teoria ha avuto anche la sanzione della Conferenza dell'Aja. La prima commissione incaricata di studiare il matrimonio propose all'assemblea l'adozione della regola seguente: (1) " Le droit de contracter mariage est réglé par la loi nationale de chacun des futurs époux, à moins que cette loi ne s'en rapporte, soit à la loi du domicile, soit à la loi du lieu de la célébration. „ Il relatore Renault così giustificava la sua proposta: quando si dice che la legge nazionale è competente per regolare il diritto di contrarre matrimonio si si riferisce alle disposizioni di questa legge sulle diverse condizioni prescritte. Ma potrebbe darsi che questa legge non si preoccupasse d'imporre le proprie prescrizioni ai suoi nazionali che

(1) *Actes de la Conférence de la Haye.* La Haye, 1893-1894. Parte I, p. 49.

sono soltanto all'estero e li lasciasse sottoposti alla legge del paese dove sono domiciliati (p. e. articolo 25 della legge federale svizzera del 1874). In tal caso bisognerà conformarsi alla legge nazionale stessa dei futuri sposi, apprezzando la loro capacità secondo la legge del domicilio. Potrebbe anche darsi che la legge nazionale ammettesse che la legge del luogo di celebrazione può regolare pienamente le condizioni di validità intrinseca del matrimonio; non si potrebbe allora, nel luogo di celebrazione esigere altro che l'osservanza delle disposizioni della legge locale; " en agissant ainsi on se conformera à la loi nationale elle-même *et on ne peut avoir la prétention* de mieux protéger ses nationaux qu'elle ne le fait elle-même „ (1).

Venuta la proposta alla Conferenza non vi fu intorno ad essa discussione (2): il solo Beeckman, delegato belga, propose di omettere le parole " à moins que „ e seguenti, come inutili, in quanto che quando si dice che la legge nazionale regola la validità intrinseca del matrimonio si viene implicitamente ad ammettere l'applicazione della legge del domicilio o della *lex loci actus* per quanto la legge nazionale ad essa si riferisca.

Per il Beeckman dunque era evidente che le parole " legge nazionale „ devono sempre intendersi nel senso del rinvio. Ma la sua proposta non venne accettata, dietro la giusta osservazione del Meili che in quell'articolo non si trattava del-

(1) *Ibidem*, p. 46.
(2) *Ibidem*, p. 41.

l'applicazione della legge nazionale, ma della riferenza ad essa legge, e l'art. 1 venne adottato.

Nell'intervallo però fra la prima e la seconda convocazione della Conferenza, il Lainé criticò vivamente codesto articolo (1): in seguito a che venne parzialmente modificato: ma è utile, per quanto dovremo vedere appresso, riferire il ragionamento della prima Commissione (2): la Conferenza, disse, ha posto il principio che il diritto di contrar matrimonio è regolato dalla legge nazionale dei futuri sposi; ma non ha voluto ammetterlo in modo troppo rigoroso e ha tenuto conto del fatto che certe legislazioni, come la svizzera (3), allo scopo di facilitare il matrimonio, ammettono che i loro nazionali si sposino in conformità alla legge del paese dove si trovano, e dichiarano che riconosceranno la validità del matrimonio celebrato in queste condizioni. Se dunque il matrimonio di due svizzeri celebrato fuori della Svizzera è conforme alla *lex loci actus*, sarà tenuto come valido in Svizzera anche se fosse in opposizione a questa

(1) Vedi nota pag. 67.

(2) *Actes cit.*, Parte II, p. 47.

(3) Costituzione federale svizzera del 20 maggio 1874, art. 46: « Les personnes établies en Suisse sont soumises, dans la règle, à la juridiction et à la législation du lieu de leur domicile en ce qui concerne les rapports de droit civil. » Legge federale sullo stato civile e il matrimonio del 24 dicembre 1874, art. 25, al. 3. « Sera reconnu comme valable dans toute la Confédération le mariage conclu dans un Canton ou à l'étranger, conformément à la législation qui y est en vigueur. Art. 54. Un mariage contracté à l'étranger sous l'empire de la législation qui y est en vigueur ne peut être déclaré nul que lorsque la nullité résulte en même temps de la législation étrangère et des dispositions de la présente loi. »

o quella prescrizione della legge interna svizzera. Forse che negli altri paesi e specialmente nel paese di celebrazione si contesterà la validità di questo matrimonio, prevalendosi della legge nazionale dei futuri sposi? " La Conférence a pensé l'année dernière que ce serait tout à fait excessif et nous estimons qu'elle a eu pleinement raison. „ Ma il Lainé ha osservato essere il testo approvato equivoco nel senso che si potrebbe, per esso, nel caso riferito, escludere completamente la legge nazionale in modo che la *lex domicilii* o la *lex loci actus* s'imporrebbe agli sposi. Ora la legge svizzera non ha questa portata, essa *non impone* ai suoi nazionali all'estero l'osservanza della legge del domicilio o del luogo di celebrazione: essa loro *permette* soltanto di porsi sotto la protezione di queste leggi, garantendo loro che il matrimonio così celebrato sarà valido in Svizzera e altrove: per cui propose la modificazione seguente che venne approvata (1): " art. 1. Le droit de contracter mariage est réglé par la loi nationale de chacun des futurs époux, sauf à tenir compte soit de la loi du domicile soit de la loi du lieu de célébration, si la loi nationale le permet. En conséquence et sauf cette réserve, pour que le mariage puisse être célébré dans un pays autre que celui des époux ou de l'un d'eux, il faut que les futurs époux se trouvent dans les conditions prévues par leur loi nationale respective. „

Per cui dall'ammissione del rinvio pieno e completo fatto dalla legge nazionale a quella del do-

(1) *Actes cit.*, Parte III, p. 43.

micilio o del luogo di celebrazione, la Conferenza arrivò ad una ammissione solo relativa del rinvio: ossia solo nel caso in cui la legge nazionale lo permetta e per semplice applicazione della legge nazionale il matrimonio non sia valido.

Non è fuor di luogo il notare con qualche meraviglia come la prevalenza assoluta della legge nazionale di diritto interno che sembrava *eccessiva* alla Conferenza in materia di matrimonio, non sia più sembrata tale in materia di tutela, di rapporti conjugali, di successioni, ecc.! Si puo facilmente indovinare la ragione, per dir così, materiale, dell'adozione di quell'art. 1 sul matrimonio, avvertendo che esso fu proposto dal Roguin, delegato svizzero, allo scopo di non stabilir deroghe alla legge del suo paese (1): rimane però sempre curioso il fatto che una Conferenza riunita per stabilire principii generali di diritto internazionale privato e in cui erano rappresentati quattordici Stati, per non stabilire una norma contraria a quella del diritto positivo svizzero, che è poi giuridicamente assurda (2), abbia ad essa prestato reverente omaggio, senza accorgersi che in tal modo veniva a derogare al diritto positivo di tutti gli altri tredici Stati!

(1) Il Roguin lo dichiarò apertamente nella seduta plenaria del 5 luglio 1894: « Il s'agit de sauvegarder l'application de la constitution et de la législation suisses, aux termes desquelles les mariages contractés par des suisses à l'étranger, contrairement peut-être aux dispositions de la loi fédérale en matière d'empêchements, mais conformément à la loi matrimoniale étrangère, *doivent* être reconnus comnie valables en Suisse. » *Actes*, loc. cit.

(2) Vedi nota 3, p. 58.



IV.

Esame critico della teoria del rinvio.

§ 6. L'applicazione frequente della dottrina del rinvio da parte dei tribunali di più paesi e la sanzione ad essa data da parecchie fra le più recenti legislazioni e dalla Conferenza dell'Aja, possono far sorgere ragionevole il dubbio che i partigiani di essa abbiano ragione, che ad essa sia fondamento la verità, anzi che sulla base di quella dottrina debba fondarsi la costruzione giuridica del diritto internazionale privato, così nella scienza come nel diritto positivo. Ma è veramente ragionevole tal dubbio? — Vediamolo.

Una osservazione preliminare: nell'esame critico di tale dottrina per la difficoltà e complessità delle questioni che si presentano, importa essere chiari ed esatti: queste qualità, che ogni monografia scientifica dovrebbe avere, tanto più sono necessarie nel trattare la questione che ci occupa, riferendosi essa ai conflitti fra norme di diritto internazionale privato ossia, per così dire, al diritto internazionale privato elevato alla seconda potenza. Per essere appunto chiaro, esatto e, per quanto è pos-

sibile, breve, chiamerò, in ogni legislazione positiva:

norme di diritto interno quelle non relative al diritto internazionale privato, non relative alla efficacia della legge nello spazio;

norme di conflitto quelle relative al diritto internazionale privato, quelle che determinano l'efficacia che nello spazio deve avere questo o quel diritto interno, quali gli articoli dal 6 al 12 del Tit. prel., art. 100-103 Cod. civ. nostro, art. 3 Cod. civ. francese, ecc.;

norme di conflitto semplici quelle che non stabiliscono espressamente il rinvio, quali appunto le disposizioni citate e in generale quasi tutte le norme positive di conflitto;

norme di conflitto rinvianti quelle che stabiliscono espressamente il rinvio, quali l'art. 27 Legge introduttiva Cod. civ. germanico, gli art. 3 e 4 Cod. zurighese e le altre disposizioni riferite nel paragrafo antecedente, compresa quella della Conferenza dell'Aja.

Ciò inteso, sotto due aspetti ci si presenta la questione, ossia:

I.° può o deve il giudice nazionale interpretare le norme di conflitto della sua legge nel senso del rinvio, anche se sono semplici, ossia se non stabiliscono espressamente il rinvio? P. es. può o deve il giudice italiano interpretare l'art. 6 Tit. prel. nel senso che con le parole " legge nazionale „ non s'intenda il diritto interno straniero ma le norme di conflitto straniere?

II.° può o deve il legislatore, abbandonando il sistema di dettar norme di conflitto semplici, ac-

coglier invece quello di dettar norme di conflitto rinvianti? ossia potrà o dovrà il futuro legislatore italiano, francese, ecc. seguir l'esempio dato dal germanico, dal zurighese e da altri, e stabilire le future norme di conflitto nel senso del rinvio?

Le due questioni, come è evidente, sono diverse, almeno in parte, perchè io potrò arrivare a convincermi che le norme di conflitto semplici non si prestano in modo alcuno ad essere interpretate nel senso del rinvio e tuttavia posso credere utile e giusto che il legislatore espressamente in future norme il rinvio sancisca.

§ 7. Fermiamoci per ora alla prima questione che è semplicemente una questione d'interpretazione. Quali sono i fondamenti della dottrina del rinvio? Su quali motivi si posa? Qual fine vuol raggiungere?

I fautori del rinvio sono parecchi: possiamo fra essi annoverare: von Bar (1), Barazzetti (2), Brocher (3), Fiore (4), Jaques (5), Martin (6), Neu-

(1) *Theorie und Praxis des internat. Privatrechts*, Hannover 1889, n. 94 e *Handbuch des internat. Privat und Strafrecht*, Stuttgart 1892, § 10, nota 5.

(2) Recensione su KAHN. *Gesetzkollisionen* in *Zeitschrift, cit.* I, p. 426 e *Zur Lehre von der Auslegung im Gebiete des internat. Privatrecht, Ibidem* VIII, p. 35 e seg.

(3) *Étude sur le princ. gén. consacrés par le Code civil, Journal cit.*, 1881, p. 13 e *Cours de droit internat. privé.* Paris, 1882, p. 167.

(4) *Du mariage célébré à l'étr., Journal cit.*, 1886, p. 174 e *Dir. internaz. privato*, Torino, 1888, vol. II, n. 686.

(5) *Verhandlungen des 18ten deutschen Juristentages*, Berlin, 1886, vol. II, p. 135.

(6) *De la capacité civile selon la lég. féd. suisse, Journal cit.*, 1883, p. 31.

mann (1), Renault (2), A. Rolin (3), Schnell (4), Weiss (5), ed altri ancora (6).

Ma fra questi alcuni affermano semplicemente che le norme di conflitto semplici devono essere interpretate come rinvianti, senza darne alcuna dimostrazione: per essi il rinvio è un assioma: è così perchè è così! — Vediamo però le ragioni che gli altri danno.

I.° La fondamentale, apertamente dichiarata o sottintesa da quasi tutti, sta nel desiderio di evitare la diversità di decisioni nello stesso caso. Trattisi della capacità di disporre per testamento di un danese di 19 anni, domiciliato in Italia. — Secondo il Cod. nostro la capacità a testare si raggiunge a 18 anni, e secondo le leggi danesi a 21; — in Italia la capacità della persona è regolata dalla legge nazionale, in Danimarca dalla legge del domicilio. Se si interpretano queste due norme di conflitto come semplici, il giudice italiano negherà la capacità di testare al danese perchè il diritto interno nazionale suo richiede 21

(1) *Internationales Privatrecht*, Berlin, 1896, p. 25 e seg.

(2) Vedi nota 1 a p. 57.

(3) *Principes de droit internat. privé*, Paris, 1897, vol. I, n. 105.

(4) *Ueber die Zuständigkeit*, etc., *Zeitschrift cit.*, V, p. 337.

(5) *Traité élém. de dr. internat. privé*, Paris, 1890, pag. 282 e *Traité de dr. intern. privé*, Paris, 1898, v. III, p. 77 e seg.

(6) *Journal cit.*, 1890, p. 467 e seg., 1893, p. 530. CHAUSSE in *Revue critique de législation*, pag. 195. — Avendo l'onore d'essere, insieme al prof. Lainé della facoltà di Parigi, relatore della I.ª Commissione dell'Istituto di diritto internazionale che ha allo studio la questione del rinvio, diressi un questionario ai membri della Commissione: favorevoli al rinvio si dichiararono: von Bar, Harburger, Ivanowsky, Torres Campos, Weiss e in parte anche Roguin.

anni, il giudice danese invece lo dichiarerà capace perchè il diritto interno del domicilio del testatore richiede solo 18 anni: due sentenze, due decisioni: la soluzione in un senso o nell'altro dipende dunque solo dalla circostanza accidentale che la questione sia presentata in uno o in altro paese. Ma il giudice italiano interpreti invece l'art. 6 nel senso del rinvio: dall'art. 6 sarà rinviato alla norma di conflitto danese, da questo rimandato al diritto interno italiano e lui pure dovrà perciò dichiarare il cittadino danese capace di far testamento: giudicherà quindi esattamente come il giudice danese; unica sarà la soluzione e non già dipendente dalle circostanze accidentali dell'esser presentata l'azione in uno o in altro dei due Stati.

II.° Quando un legislatore stabilisce che un determinato rapporto giuridico deve essere regolato da una legge straniera, esso vuole che questa legge straniera sia applicata piena ed intera nella sua totalità, e ciò si può ottenere soltanto coll'interpretare la volontà del legislatore nel senso del rinvio. Quando p. es. una norma di conflitto stabilisce che la capacità a sposare deve essere retta dalla legge del domicilio di ognuno degli sposi, con ciò vuole che la legge del domicilio sia applicata nella sua totalità e quindi di questa non soltanto le disposizioni che determinano l'età e le altre condizioni fisiche e giuridiche richieste nell'individuo per poter sposare, ma anche le norme di conflitto della legge del domicilio che sono relative alla capacità a sposare. Siano ad es. gli sposi prussiani, domiciliati in Italia e il giudice sia prussiano: esso, che per la norma di conflitto

del Landrecht deve applicare la legge del domicilio, cercherà nel Cod. italiano le disposizioni relative alla capacità a sposare e troverà gli art. 6 Disp. prel. 55 a 69 e 102 Cod. civ. tutti alla capacità relativi; il legislatore italiano, dicono i fautori del rinvio, ha stabilito gli uni in rapporto con gli altri, per esso formano un tutto unico, costituiscono tutte le disposizioni relative alla capacità a sposare e voi, giudice prussiano, che siete chiamato ad applicar la legge italiana, non potete limitare l'applicazione agli art. 55 a 69, norme di diritto interno italiano, ma dovete applicare anche gli art. 6 e 102 norme di conflitto italiane, non potete scindere quegli articoli da questi, separare ciò che dal legislatore italiano fu unito in un tutto: se così fate, voi potete credere di applicare la legge del domicilio, ma, in fatto, non ne applicherete che una parte.

III. Ma un' altra ragione ancora c' è secondo i sostenitori del rinvio, invincibile. Fermiamoci al caso testè dato e supponiamo che invece del giudice prussiano debba d'esso decidere un italiano: ebbene, quando io, giudice italiano, avrò ad esaminare la validità intrinseca di tal matrimonio fra due prussiani domiciliati in Italia, dovrò applicare l' art. 6 Tit. prel. e l'art. 102 Cod. civ. e sarò rimandato alla legge nazionale prussiana; ma trovo che essa vuole regolato il matrimonio de' suoi cittadini dalla legge del domicilio, ossia dall' italiana: e perchè allora non dovrò applicar quest'ultima? è mai supponibile che il legislatore italiano pretenda tutelare gli interessi dei prussiani meglio di quanto lo faccia il diritto prussiano? come potrò io mai,

dichiarare, eventualmente, nullo il matrimonio per inosservanza di qualche norma del diritto interno prussiano, quando so che il giudice prussiano applicando rettamente la legge sua lo dichiarerebbe perfettamente valido? D'una soluzione in tal senso nessuno può lagnarsi: non il legislatore italiano perchè le disposizioni sue sono da me perfettamente osservate; anzi è appunto in virtù degli art. 6 e 102 Cod. civ. it. che applico il diritto prussiano: non il legislatore prussiano che vede da me giudicata la questione egualmente come lo farebbe il giudice suo, per applicazione della legge sua: non le parti che, prussiane, non possono lagnarsi di esser giudicate all'estero come lo sarebbero in patria; dunque contenti tutti: questa è la soluzione vera.

§ 8. Questi i principali argomenti su cui posa la dottrina del rinvio: d'altri sussidiari vedremo appresso (1). Prima però di cercare se e per quanto

(1) Cfr. la confutazione della teoria del rinvio da me fatta nel testo con quanto contro il rinvio dicono i seguenti giuristi: BARTIN, *De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits des lois. Journal cit.* 1897, p. 737. — BUSTAMANTE, *El orden publico,* Habana, 1883, pag. 155 e s. — CATELLANI, *Del conflitto fra norme di diritto internaz. privato.* Venezia, 1897. — CHRÉTIEN nota in *Journal cit.* 1886, p. 174. — DESPAGNET, *Précis de droit internat. privé.* Paris, 1891, p. 174. — DIENA, *Sui limiti all'applicab. del dir. str.* Torino, 1898, p. 9 e s. — FUSINATO, *Recensione in Riv. it. per le scienze giur.*, vol. XXV, p. 435. — GIERKE, *Deutsches Privatrecht,* Leipzig, 1895, p. 215. — KAHN, *Gesetgkollisionen* § 3. *Jhering's Jahrbücher,* vol. XXX, p. 9 e s. e *Grundsatz der Rückverweisung im deuts. bürgerl. Gesetzb.* Ibidem, vol. XXXVI, p. 336 e s. — LABBÉ, *Du conflit entre la loi nationale du juge saisi et une loi étrang. Journal cit.*, 1885, p. 5 e s. — LAURENT, *Droit civil international.* Paris, 1880, vol. I, n. 441 e nota in SIREY, 81, 4, 41. — LAINÉ, *La Conf. de la Haye. Journal cit.*, 1894, p. 250 e *De*

stia in essi racchiusa la verità, è opportuno osservare come i sostenitori del rinvio di preferenza si fermino a sostenere tale modo d'interpretazione alle norme di conflitto relative alla capacità: quasi sempre a queste si riferiscono, gli esempi che scelgono sono appunto relativi a conflitti intorno alla capacità e spesso sembra che solo di questa sia questione quando si parla di rinvio: forse perchè, applicando a tale specie di conflitti la teoria del rinvio, meno palese può essere, almeno in alcuni casi, come vedremo, il vizio del loro ragionamento. Io stesso nel riferire gli argomenti che intendo combattere ho scelto esempi di conflitti relativi alla capacità, appunto per seguire gli avversari sul loro stesso terreno, ma ciò non deve per nulla pregiu-

l'application des lois étrang. Ibidem, 1896, p. 253 e s. — NIEMEYER, *Methodik des internat. Privatr.* Leipzig, 1894, p. 16 e s. *Kodification des internat. Privatr.* Leipzig, 1895, p. 81 e s. *Das internat. Privatr., im Entwurf eines bürgerl. Gesetzb.* Berlin, 1896, p. 26 e s. — PILLET, *Essai d'un système gén. de solution. Journal cit.*, 1894, p. 721 e nota in SIREY, 96, 2, 73. — REGELSBERGER, *Pandekten.* Leipzig, 1893, vol. I, p. 164. — SURVILLE ARTHUYS, *Cours élém. de dr. intern. privé.* Paris, 1890, n. 30. — STOCQUART. *Les lois espagnoles sur le mariage, etc. Revue de droit internat.*, vol. XXIII, p. 141. — Στρέϊτ. - Ἓν ἀδιέξοδον ἐν τῷ ἰδιωτικῷ διεθνεῖ δικαίῳ; nella Νομικὴ, Atene, 1894, p. 40 e 69. — TOURNADE. *De la dation d'un conseil judiciaire, etc. Journal cit.* 1895, p. 484 e s. — ZACHARIAE CROME, *Handbuch des franz. Civilr.* Freiburg i. B. 1894, vol. I, p. 108 nota 1 d. — ZITELMANN, *Internationales Privatr.* Leipzig, 1897 p. 238 e seg. Ved. anche *Journal cit.* 1880 p. 188, 1893 p. 361 e 536. Fra i membri della prima Commissione dell'Istituto di diritto internazionale si dichiaravano contrari al rinvio oltre ai due relatori Buzzati e Lainé, i seguenti: Asser figlio, Bustamante, Catellani, Chrétien, Despagnet, Fusinato, Kebedgy, Olivi, Pierantoni, Sacerdoti, Strisower, e in parte Westlake,

dicare una verità assiomatica: che cioè, ammessa la dottrina del rinvio, essa deve essere applicata nell'interpretazione di tutte le norme di conflitto semplici, riguardino esse la capacità delle parti o la sostanza o gli effetti o la forma dei negozi giuridici, siano applicabili ai diritti di famiglia, alle cose, alle obbligazioni, a qualunque insomma rapporto giuridico. Non c'è nessuna ragione, e non ve ne può essere, per restringere l'applicazione della dottrina del rinvio ai conflitti relativi alla capacità o ad altri soli: il problema del rinvio è, come già dissi, d'indole generale: o il rinvio si applica a tutte le norme di conflitto semplici di tutte le legislazioni positive o non si applica a nessuna. Che il problema, del resto, sia d'indole generale risulta e dalle molte sentenze riferite e da quanto in questo studio verrò esponendo.

Mediante il rinvio dunque, si ottengono dovunque per lo stesso caso identiche decisioni: questo argomento de' nostri avversari è semplicemente una vuota illusione.

Riprendiamo l'esempio dato: conflitto fra la legge danese e l'italiana a proposito della capacità di testare di un danese domiciliato in Italia: il caso, dicono, sarà differentemente giudicato secondo che la questione sia portata davanti ai tribunali di un paese o dell'altro: ma se il magistrato italiano interpreterà l'art. 6 nel senso del rinvio, egli deciderà il caso come il giudice danese e la soluzione sarà identica, ossia unica. Basta una sola osservazione e la pretesa identità, scompare: ossia essi per arrivare alla decisione unica vogliono che il giudice italiano interpreti l'art. 6 nel senso del

rinvio, ma suppongono che il giudice danese non interpreti in tal senso la norma di conflitto della sua legge. Non è vero che il giudice danese applicherà il diritto interno italiano, ma bensì, se, com'essi vogliono, le norme di conflitto si debbono interpretare come rinvianti, esso applicherà la norma di conflitto italiana e da questa sarà rimandato al diritto interno danese. Nel caso dato la soluzione esatta sarà questa: il giudice italiano applicherà l'art. 6, da questo sarà rimandato alla norma di conflitto danese e da questa al diritto interno italiano e dichiarerà il testatore capace: il giudice danese applicherà la norma di conflitto della sua legge, da questa sarà rimandato all'art. 6 Cod. civ. ital. e da questo al diritto interno danese e dichiarerà il testatore incapace: e ciò appunto perchè non v'è nessuna ragione, e i nostri avversari non sanno realmente trovarla, per cui di due norme di conflitto della stessa specie, ambe relative alla capacità e applicate allo stesso caso, una sia interpretata nel senso del rinvio e l'altra no. Dunque non già uniformità, ma disformità di decisioni come prima, con questo bel risultato per giunta: che il giudice italiano in virtù della sua norma di conflitto che dà la preferenza alla legge nazionale, giudicherà della capacità secondo la legge del domicilio e il giudice danese, in virtù della sua norma di conflitto che preferisce il criterio del domicilio, giudicherà secondo la legge nazionale. Proprio l'opposto di ciò che vogliono le due norme di conflitto!

Vi sono poi anche frequenti casi in cui codesta dottrina del rinvio è assolutamente inapplicabile ed

è quando una norma di conflitto di un Codice vuol decisa la questione mediante l'applicazione del diritto interno d'esso Codice. Invertiamo leggermente il caso dato e la cosa apparirà evidente: trattisi di giudicare della capacità di testare di un italiano domiciliato in Danimarca: il giudice nostro dovendone giudicare secondo la legge nazionale del testatore, non potrà far altro che applicare il diritto interno italiano, legge nazionale del testatore: il danese, dovendone giudicare secondo la legge del domicilio e avendo il testatore il domicilio in Danimarca, sarà costretto ad applicare il diritto interno danese, mettendo per questa volta da parte il rinvio. Quindi due soluzioni assolutamente inconciliabili. In verità bella dottrina *giuridica* codesta la quale ad una stessa norma di conflitto, in una stessa ipotesi giuridica ora è applicabile, ora no, secondo gli accidenti di fatto e per cui quella norma di conflitto ora è rinviante, ora è semplice!

Non ci si obbietti poi: è naturale che in questo caso le due decisioni sono diverse, ciò avviene appunto perchè le due norme di conflitto nel caso dato non si prestano ad esser interpretate nel senso del rinvio: a ciò potremmo facilmente rispondere che vi sono altri casi ne' quali la identità di decisione si ha solo non applicando il rinvio: eccone uno: due italiani abbiano contratta una obbligazione da eseguirsi nel cantone di Aargau, mentre si trovavano in Sassonia: per la norma di conflitto italiana l'obbligazione è retta dalla legge nazionale delle parti, per quella di Aargau dalla *lex loci contractus,* per quella sassone dalla *lex loci executionis:* supponiamo inoltre che

nel regolare gli effetti di tale obbligazione il diritto interno italiano e quello di Aargau siano identici, ma differenti dal diritto interno sassone. Il giudice italiano applicherà il diritto interno italiano; il giudice sassone, se non interpreterà la propria norma di conflitto nel senso del rinvio, applicherà il diritto interno d'Aargau eguale all'italiano e quindi avremo in Italia e in Sassonia identica soluzione; ma se invece la interpreta nel senso del rinvio applicherà la norma di conflitto d' Aargau, e da questa sarà rinviato al diritto interno sassone che, essendo differente dall'italiano, produrrà una decisione diversa da quella del giudice italiano.

Dunque la pretesa identità di giudicati, come conseguenza del rinvio è nient'altro che un'illusione; ammettasi o non ammettasi il rinvio, la disformità delle soluzioni date dai vari tribunali ad una questione di diritto internazionale non diminuirà nè cesserà mai, finchè avranno vigore nei diversi Stati norme di conflitto differenti: sarà materialmente impossibile ottenere, tanto col rinvio quanto con altri espedienti, che norme di conflitto differenti producano risultati identici.

Finora però abbiamo sempre supposto casi nei quali il giudice fosse chiamato a decidere conflitti con la sua propria legge interna. Vediamo se almeno la sperata identità di giudicati fosse possibile ad ottenersi mediante il rinvio, quando di un conflitto sorto fra leggi di due Stati dovesse decidere il giudice di un terzo Stato. Il von Bar appunto suppone tal caso e scrive (1): " Si tratti

(1) Risposta al mio questionario.

di un matrimonio di una austriaca celebrato in Francia nell'anno 1880. La capacità a sposarsi di questa austriaca è retta dal Cod. austriaco § 4 e il Cod. francese dice la stessa cosa. Nessun dubbio che il matrimonio sarà valido o nullo se la legge austriaca è osservata quanto alla capacità o non osservata. Più tardi, p. es. nel 1895, una azione nella quale si tratta della nullità di questo matrimonio è intentata a Berlino. Secondo il Cod. prussiano lo stato e la capacità sono determinati dalla legge del domicilio. Forse che il matrimonio di questa austriaca domiciliata al tempo della celebrazione del matrimonio in Francia dovrà esser giudicata quanto alla capacità dell' austriaca secondo il Cod. francese? Imaginate che un'altra causa concernente gli stessi fatti sia intentata a Vienna: la stessa questione dovrà esser decisa in senso contrario. E le persone interessate non potranno mai sapere quale sarà la legge che dovrà in avvenire decidere! „ Una prima osservazione: in questo caso non c'è conflitto fra legge francese e legge austriaca: ambedue concordi vogliono applicabile alla decisione il diritto interno austriaco. Il conflitto esiste solo fra queste due legislazioni da un lato e la *lex fori* dall'altro: ora in tal caso si potrebbe sostenere che la questione sottoposta al giudice prussiano non è già questa: è valido tal matrimonio?, ma piuttosto l'altra, di fatto: si trovava la sposa nelle condizioni richieste per la sua capacità dal diritto interno austriaco, che per concorde volontà delle due legislazioni interessate è ad essa applicabile?

Ma lasciando da parte ciò e ammettendo ciò

che vuole il von Bar, vediamo se questa identità di giudizio sussiste anche se la questione è presentata davanti al tribunale di un altro Stato. Sia pure il caso previsto, con la sola differenza che il matrimonio sia stato celebrato non in Francia ma in un altro Stato A. Siccome nè la norma di conflitto francese, nè quella austriaca, nè quella prussiana dànno per regolare la capacità delle parti importanza alcuna alla *lex loci celebrationis,* per nulla mutano le decisioni: secondo i giudici di tutti tre i paesi (applicando il rinvio) la capacità resterà regolata dal diritto interno austriaco. Ma la norma di conflitto dello Stato A dice invece che la capacità delle parti è regolata dalla legge del luogo di celebrazione: supponiamo infine che la questione sia presentata davanti ai giudici di uno Stato B la cui norma di conflitto dia pure la preferenza alla *lex loci celebrationis:* ora, i giudici di B, come i giudici di A, applichino o non applichino il rinvio, giudicheranno sempre la capacità della sposa secondo il diritto interno vigente in A, non già secondo il diritto interno austriaco. Non è anche qui il caso di ripetere col von Bar: e le parti interessate non potranno mai indovinare quale sarà la legge che nell'avvenire dovrà decidere?

La verità è che il giudice prussiano dovrà giudicare della sposa secondo il diritto interno francese, senza preoccuparsi se la sentenza sua corrisponda o no a quelle francesi o austriache: secondo il legislatore della Prussia sede nello spazio di quell'elemento di validità che chiamasi capacità, luogo dove quest'elemento materialmente si localizza, come dice il Savigny, è il luogo di domicilio:

la legge colà vigente è competente a reggere quell'elemento di validità, ma non è già competente a decidere qual legge sarà competente a reggere quell'elemento: ciò è già deciso dalla norma di conflitto prussiano: tutto questo non può essere coscientemente negato da alcuno, a meno che non si voglia o non s'arrivi a sovvertire tutta la fondamentale teoria del Savigny, ciò che nessuno finora ha mai fatto o vuol fare e meno certo d'altri il von Bar che del grande maestro vuol essere, come degnamente è, il successore. Ma di ciò meglio in seguito: per ora desidero fermarmi ancora al conflitto fra due leggi deciso dal tribunale di un terzo Stato, appunto per mostrare che quando trattasi realmente di conflitto (e non di non-conflitto come nel caso supposto dal von Bar) scompare anche la più lontana speranza di ottener dovunque decisioni uguali.

Trattisi della capacità a sposare di una prussiana di 15 anni domiciliata a Parigi. Il Landrecht richiede nella donna, per sposare, 16 anni, il Codice francese 15: le norme di conflitto dei due paesi sono note: per il Landrecht *lex domicilii,* per il dir. francese legge nazionale. Seguendo il modo di ragionare dei fautori del rinvio (già dimostato errato) diremo: il giudice francese rimandato dalla sua norma di conflitto a quella prussiana e da questa al diritto francese interno, dichiarerà la donna prussiana capace di sposare come l'avrebbe giudicata il tribunale nazionale suo. Sia ora la questione portata davanti a un giudice della Danimarca o d'altro Stato dove sia in vigore una norma di conflitto che vuole la capacità regolata dal domicilio:

il giudice danese da questa norma sarà rimandato alla norma di conflitto francese, da questa al diritto interno prussiano e dichiarerà la donna incapace di prender marito. Ecco la vantata identità di giudicati: con questo assurdo di più che una norma di conflitto che sancisce per la capacità il criterio del domicilio, quando è applicata dal giudice danese nel senso del rinvio conduce a dichiarar la donna incapace: e la stessa norma, vigente in Prussia, applicata dal giudice francese in virtù del rinvio conduce a dichiararla capace!

Ma no, ci possono rispondere, voi vi siete arrestato troppo presto e dovete accettare anche il rinvio che vi fa la norma di conflitto francese, e allora arriverete alla stessa soluzione del giudice parigino: accettar dunque tre rinvii: I.° dalla norma di conflitto danese a quella francese; II.° da questa a quella prussiana; III.° da quella prussiana finalmente, al diritto interno francese e la donna sarà capace. E perchè ne accetterò tre dei rinvii e non due o quattro, cinque, ecc.? Ma assodato che i rinvii da accettarsi sono tre, basta supporre che invece di danese il giudice sia italiano e la eguaglianza di decisioni è già svanita: e invero il giudice italiano, la cui norma di conflitto vuol regolata la capacità dalla legge nazionale, sarà da questa norma italiana rinviato a quella prussiana; e uno dei rinvii! da quella prussiana a quella francese; e due! da quella francese infine al diritto interno prussiano; e tre, ma siccome questo richiede 16 anni, la donna sarà incapace!

§ 9. Ma così spontaneamente siamo arrivati a scorgere nella dottrina del rinvio un altro vizio

fondamentale; quello cioè che interpretando le norme di conflitto semplici nel senso del rinvio non è vero già che si arrivi a questa o quella soluzione, alla identità o alla disformità dei giudicati, ma bensì semplicemente si arriva a non ottenere nessuna soluzione di nessun genere.

La dottrina del rinvio in sostanza altro non vuol fare che mutare il carattere e la funzione delle norme di conflitto: queste finora sono state intese come quelle che determinano il diritto interno direttamente applicabile ad un rapporto giuridico: invece la dottrina del rinvio vuole che abbiano la funzione di indicare la legge che determinerà il diritto interno applicabile ad un rapporto giuridico: ora, ammesso pure che ciò sia giusto, ne deriva che tutte le norme di conflitto devono in tal senso essere intese: e quindi come la norma di conflitto della legge italiana è intesa quale rinviante, così dovrà essere pure intesa la norma di conflitto francese, l'inglese, la prussiana, ecc. Che cosa ne deriva? Un eterno rinvio da una norma di conflitto ad un'altra, senza mai scendere alla applicazione del diritto interno, un circolo chiuso da cui non si può mai uscire: è l'applicazione del *lawn-tennis* al diritto internazionale! — Riprendiamo il solito esempio della capacità di un prussiano domiciliato in Italia; i fautori del rinvio dicono: se la questione è portata davanti al giudice italiano, questi dalla norma di conflitto della sua legge sarà rimandato alla norma di conflitto prussiano *e da questa al diritto interno italiano:* no, se funzione delle norme di conflitto è quella di indicare la legge che deve determinare il diritto

interno direttamente applicabile, questa funzione ha tanto la norma italiana che la prussiana e questa non rimanderà al diritto interno italiano, ma bensì alla norma di conflitto italiana, la quale alla sua volta rimanderà la decisione alla prussiana e così eternamente. — Se conclusione pratica della dottrina del rinvio è: il giudice adito deve decidere la questione esattamente come la deciderebbe il giudice del paese cui dalla norma di conflitto della *lex fori* il giudice adito è rimandato, questo deve seguire esattamente la decisione di quello: ora i fautori del rinvio, supponendo il caso dato sottoposto la prima volta al giudice prussiano, dicono: il giudice prussiano dalla sua norma di conflitto *è rimandato alla norma di conflitto italiana e* ecc. Quindi l'italiano deve pure, giudicando esattamente come il prussiano, esser nuovamente rimandato alla propria norma di conflitto: altrimenti si cade nell'assurdo di dover ammettere che una disposizione di legge dice una cosa se applicata dal giudice nazionale, ne dice un'altra affatto opposta se applicata dal giudice straniero, che una norma di conflitto muta senso, natura, funzione passando i confini del suo Stato! O ammettere ciò o ammettere che tutte le norme di conflitto debbano sempre esser interpretate come rinvianti; da questo dilemma non si sfugge: accettar del resto una conclusione o l'altra è lo stesso, perchè entrambe sono illogiche.

Particolarmente curiosi poi sono i casi in cui la norma di conflitto straniera, cui il giudice dalla norma di conflitto della *lex fori* è rimandato, non rinvia nuovamente alla *lex fori,* ma ad una terza

legge: in tal caso il giudice adito sarà costretto a girar mezzo mondo con la sua ricerca passando di rinvio in rinvio. Un italiano ed uno straniero appartenenti ad uno Stato A, ambe domiciliati in uno Stato B, facciano un contratto mentre si trovano in C e sia il contratto eseguibile in D. Il giudice italiano adito, che per giudicare gli effetti di un contratto fra stranieri deve applicare la *lex loci actus* sarà rimandato alla legge di C: ma questa li vuol regolati dalla *lex loci executionis* e lo rinvierà a D: ma qui vige il principio che siano regolati dalla legge del domicilio comune, quindi nuovo rinvio a B; ma la legge di B preferisce farli reggere dalla legge nazionale del debitore e supponendo che il debitore sia il contraente italiano, nuovo rinvio ancora alla legge italiana; a questo punto il giudice adito dovrebbe ricominciar da capo. Nel fatto avverrà che il giudice adito, rimandato alla *lex fori* o da un primo rinvio come nell'esame di conflitto fra legge italiana e prussiana o da una serie di rinvii, come nell'esempio testè dato, finirà coll'applicare il diritto interno della *lex fori:* e farà ciò non perchè sia logico, ma pur di dare una soluzione alla questione ad esso sottoposta: ma in alcuni casi neppure questo è possibile: il Kahn nel suo eccellente studio sui conflitti di leggi prevede il caso seguente (1): " sia in questione davanti a un giudice francese la capacità d'agire di un prussiano domiciliato in America relativamente ad un contratto concluso in Prussia: secondo l'art. 3 Cod. civile è applicabile

(1) *Op. cit.* pag. 24.

il diritto prussiano, legge nazionale: ma il Landrecht § 23 rimanda al domicilio; quindi dovendosi giudicare esattamente come il giudice prussiano, dovendosi applicare il diritto prussiano nella sua totalità, sarà chiamato ad applicazione il diritto americano; ma in America vige il principio che la capacità d'agire si regola secondo la *lex loci actus:* quindi rinvio del diritto americano al prussiano e nuovo rinvio da questo a quello. Chi aiuta quindi il giudice ad uscire dal circolo una volta che abbia accettato il primo rinvio? Trovandosi egli fra l'applicazione del diritto suo e d'un diritto straniero, deciderà illogicamente ma naturalmente in favore del suo: ma in favore di quale dei due, prussiano e americano, deciderà egli, dei due, ambe ad esso stranieri, di pari autorità e ognuno dei quali rimanda all'altro? „

Ma questa nostra obbiezione che l'accoglimento della teoria del rinvio conduca a un inestricabile circolo non persuade lo Zitelmann che, pure essendo al rinvio sfavorevole, combatte tale obbiezione con un ragionamento che merita d'esser riferito: “ è un principio noto, scrive (1), che ogni interpretazione deve esser data in modo che ne venga un risultato ragionevole: dunque se si riconosce che la norma di conflitto stabilisce il rinvio, si deve conseguentemente ammettere, perchè solo in tal modo si ottiene un risultato ragionevole, bensì il primo rinvio, ma non gli ulteriori alla norma di conflitto della *lex fori* o ad una terza. Senza alcun dubbio è necessario interpretar così quelle norme di conflitto che

(1) *Internationales Privatrecht.* Leipzig, 1897, p. 241.

stabiliscono espressamente il rinvio: egualmente quindi devono esser interpretate anche quelle che non lo stabiliscono espressamente, ma che in tal senso sono intese da chi le applica. Non è giusto dire: come si ammette il primo rinvio anche se non è espressamente stabilito, così pure devo ammettere i rinvii successivi, perchè il legislatore può benissimo aver delle ragioni per ammettere il primo (come si vede che avviene per quelle leggi che lo stabiliscono espressamente) ma non per ammettere i successivi, essendochè per questi non si saprebbe trovare motivo alcuno in favore della loro ammissione. „

Per rispondere allo Zitelmann basta un'osservazione: sta bene che ogni interpretazione debba esser data in modo che ne venga un risultato ragionevole, ma prima di osservare se il risultato sia ragionevole, bisogna che conforme a ragione sia l'interpretazione stessa: ma quando per arrivare a cotesto preteso risultato ragionevole si deve, come premessa necessaria, ammettere che una stessa norma di conflitto dica una cosa se applicata dal giudice straniero e una cosa affatto opposta se applicata dal giudice nazionale, dovrà, credo, anche lo Zitelmann convenire che così l'interpretazione come il risultato sono tutt'altro che ragionevoli.

Quanto poi a dire che le norme di conflitto che stabiliscono espressamente il rinvio debbano indubbiamente esser interpretate nel modo voluto dallo Zitelmann, è una affermazione che avrebbe bisogno di dimostrazione: in tal modo dovrebbero esser interpretate solo nel caso in cui il legislatore accanto alle proprie norme di conflitto stabilisse la

disposizione seguente: il giudice dovrà interpretare le norme di conflitto della sua legge come rinvianti, le norme di conflitto straniere come semplici. Ma ciò certo non vorrebbero i fautori del rinvio, perchè, se così fosse, il giudice nazionale non applicherebbe più il diritto straniero esattamente come sarebbe applicato dal giudice straniero, non lo applicherebbe più nella sua totalità: e noi sappiamo che queste sono le basi della loro teoria. Inoltre poi se quella disposizione fosse in vigore, il giudice nazionale sarebbe dalla propria norma di conflitto rinviato alla applicazione di una disposizione che non è diritto straniero, perchè nel paese in cui vige è intesa in altro modo, e non è diritto nazionale del giudice: sarebbe qualche cosa d'ambiguo, priva di qualunque autorità e natura di legge.

§ 10. La seconda argomentazione con la quale si vuol giustificare il rinvio consiste nell'affermare che quando un legislatore stabilisce che un determinato rapporto giuridico deve esser regolato da una legge straniera, esso vuole che questa legge straniera sia applicata nella sua totalità: si parte così dal presupposto che le disposizioni legislative relative al matrimonio, alle successioni, alle obbligazioni, ecc., non siano solo quelle di diritto interno ma anche quelle di diritto internazionale: per il legislatore che le ha sancite, dicono, esse formano un tutto unico; non possono esser scisse le une dalle altre.

Per verità più che una dimostrazione questa è una semplice affermazione, che avrebbe bisogno di esser provata: ma per mostrare l'erroneità sua basta provare come neppure col rinvio mai si possa

arrivare all'applicazione completa, totale, del diritto straniero.

Anzitutto l'applicazione del diritto straniero troverà le limitazioni imposte per non derogare al diritto pubblico e all'ordine pubblico dello Stato dove dovrebbe esser applicato: ma supponiamo pure trattarsi di un caso che non riguarda affatto l'ordine o il diritto pubblico: l'applicazione completa del diritto straniero è anche qui quasi sempre impossibile: quando un giudice deve decidere come deve esser regolato un rapporto giuridico, che involge in sè una questione di diritto internazionale, esso dovrà distinguere ciò che riguarda la capacità delle parti, la sostanza del rapporto, gli effetti ed eventualmente la forma del negozio che può aver dato origine a quel rapporto; e spesso avverrà che non secondo una sola legge dovrà decidere del rapporto, ma bensì secondo le varie leggi che devono regolare i vari elementi di esso: trattisi di giudicare della validità di un matrimonio celebrato in Francia fra un tedesco ed una inglese; per la capacità delle parti il giudice italiano dovrà applicare rispettivamente la legge tedesca e l'inglese, per la forma la legge francese: se dovrà giudicare degli effetti di tal matrimonio applicherà, secondo che si tratti di conseguenze di una od altra specie, la legge tedesca, legge nazionale del marito, la legge dello Stato dove gli sposi abitano ed eventualmente anche la legge del luogo dove esistono i beni che costituiscono la dote della moglie o la proprietà del marito, ecc., ecc., (1). Que-

(1) Cfr. KAHN. *Op. cit.*, § 7, p. 27.

sto matrimonio ed i suoi effetti non sarebbero decisi dal giudice italiano con una sola e medesima legge se non nel caso che gli sposi fossero per es. francesi entrambi, che abitassero o avessero sempre abitato la Francia, che in questo Stato avessero celebrato il matrimonio e in esso possedessero i loro beni: allora solo sarebbe unicamente la legge francese applicabile, ossia in un caso che veramente non sarebbe di diritto internazionale se non per il fatto stranissimo e alle volte impossibile che giudice della questione fosse un tribunale straniero. Ma ogni qual volta si tratti veramente di un caso di diritto internazionale, il giudice non applicherà mai una sola legge straniera nella sua totalità, ma altrettante leggi straniere quante sono, per la norma di conflitto della *lex fori,* competenti a reggere i vari elementi del rapporto giuridico in questione. — Ma neppur queste col sistema del rinvio applicherà nella loro totalità: e ciò avviene in tre modi:

I.° Trattisi di giudicare in Italia della validità di un matrimonio celebrato in Inghilterra da un sassone e da una francese domiciliati a Londra: il giudice italiano dalla sua norma di conflitto relativa alla capacità rinviato alle norme di conflitto sassoni e francesi, da queste, che pure ammettono la prevalenza della legge nazionale, sarà chiamato ad applicare il diritto interno sassone, per giudicare della capacità del marito, il diritto interno francese per quella della moglie; ecco dunque, come vogliono, applicati nella loro totalità il diritto sassone e il diritto francese: ma per decidere della validità formale dovrà applicare il diritto inglese, *lex locis celebrationis*: ora il diritto inglese vuole che anche la capacità

delle parti sia retta dalla *lex loci celebrationis*, ch'è poi anche nel caso *lex domicilii*: perchè allora il giudice italiano non applicherà anche questa norma del diritto inglese? se deve applicar questo nella sua totalità non potrà sottrarsi all'applicazione anche di questa norma di conflitto inglese la quale vuole nel caso essere applicata. Ecco un caso dunque dove il giudice adito non applica il diritto straniero nella sua totalità.

II.° Molte volte si trovano in una stessa legislazione due norme di conflitto relative alla stessa quistione che stabiliscono differentemente secondo che si tratta di nazionali o di stranieri: p. es. per l'art. 6 Disp. prel. Cod. civ. italiano la capacità a contrar matrimonio di un italiano all'estero sarà regolata dalla legge italiana e per l'art. 102 la capacità dello straniero a sposare in Italia è determinata bensì dalla legge nazionale sua ma insieme anche dalla legge italiana: per il § 7 del Cod. sassone la capacità d'agire di una persona è da giudicare secondo le leggi dello Stato di cui è suddita, ma per il § 8 la capacità d'agire d'uno straniero deve venir giudicata secondo le leggi sassoni in quanto sia in questione una obbligazione sua per un atto intrapreso in Sassonia: ed altri esempi son facili a trovare. Debba un giudice italiano giudicare della validità di un contratto stipulato in Sassonia fra un sassone e un prussiano domiciliato in Francia: per determinare la capacità del contraente prussiano, il giudice adito applicherà il diritto prussiano nella sua totalità e dalla norma di conflitto di questo rinviato al diritto interno del luogo di domicilio, applicherà il diritto francese: per deter-

minare la capacità del sassone, dall'art. 6 Cod. italiano rinviato al § 7 Cod. sassone e da questo al diritto interno sassone, questo applicherà. Ma il Cod. sassone contiene anche il § 8 relativo alla questione in esame e che stabilisce un principio contrario a quello del Landrecht prussiano: il § 8 fa parte integrante del diritto sassone relativo alla capacità: perchè non applicarlo? Il giudice italiano quindi o applicherà il § 7 o il § 8, ma tanto in uno come nell'altro caso non applicherà mai il diritto sassone nella sua totalità.

III.° Codesta pretesa applicazione totale del diritto straniero per giudicare di un elemento di un rapporto giuridico non è possibile che quando le norme di conflitto delle due o più leggi in collisione sono uniformi, ossia nel caso in cui vero conflitto non c'è e in cui è inutile invocare il rinvio. P. es. se si deve giudicare in Italia della validità formale di un testamento fatto da un italiano in Francia, la norma di conflitto italiana rinvia alla norma di conflitto francese, *lex loci actus*, questa dice la stessa cosa e sarà quindi applicabile il diritto interno e insieme, se si vuole, anche la norma di conflitto francese; tanto, allo stesso risultato si arrivava anche senza il rinvio. Ma se le norme di conflitto sono differenti, l'applicazione totale del diritto straniero non avviene mai: e invero se io giudice italiano, decidendo della capacità di un prussiano domiciliato in Italia, non ammetto la teória del rinvio, applicherò il diritto interno prussiano e non la norma di conflitto prussiana; se ammetterò invece il rinvio, applicherò la norma di conflitto prussiana ma non il diritto prussiano in-

terno: senza il rinvio si prescinderà dalla norma di conflitto straniera e, se si vuole, non si applicherà così il diritto straniero nella sua totalità, ma col rinvio, se le norme di conflitto sono differenti, si viene a prescindere dal diritto interno straniero, quindi nella sua totalità neppure in questo caso il diritto straniero sarà mai applicato. L'applicazione totale d'esso rimane sempre niente più di una semplice illusione.

L'errore fondamentale di questo ragionamento dei fautori del rinvio sta nel credere che in una legislazione qualsiasi le norme di diritto interno relative a uno speciale rapporto giuridico, p. es. al matrimonio e le norme di conflitto pure al matrimonio relative formino un tutto unico, che queste seconde siano stabilite in relazione e dipendenza stretta dalle prime e che non si possa in virtù di una norma di conflitto straniera scindere ciò ch'è stato così saldamente unito da un legislatore. Tutto ciò non è vero: ogni legislatore determina le norme giuridiche relative alle persone, ai diritti di famiglia, alle cose, alle obbligazioni, alle successioni e con ciò regola completamente il suo diritto civile: questo è arrivato così alla sua completa, perfetta, totale formulazione; dopo di ciò il legislatore può, se crede, stabilire relativamente ai vari elementi dei rapporti giuridici, quali abbiano efficacia estraterritoriale e quali no, determinare cioè quale sia la competenza della sua legge e quale quella delle leggi straniere, a reggere questo o quello dei vari elementi: ma ciò facendo non integra affatto qualche parte mancante del suo diritto civile, non aggiuge nulla alle regole di diritto civile in-

terno già complete. Nello stabilire le proprie norme di conflitto parte da premesse differenti, compie una differente funzione, ha un diverso scopo da quando legifera il diritto interno: questo è alle norme di conflitto tanto poco collegato, tanto poco forma con queste una totalità, che è perfettamente concepibile che un legislatore riformi completamente il proprio diritto interno e lasci inalterate le proprie norme di conflitto e viceversa, come fece il legislatore belga con la legge 20 maggio 1882 sui matrimoni dei belgi all'estero, che ha modificato la norma di conflitto nell'art. 170 Cod. civile senza per nulla modificare il diritto interno matrimoniale. E poi alcune norme di conflitto stabiliscono l'efficacia sul territorio d'una legge straniera togliendo così per alcuni casi l'applicabilità della corrispondente norma di diritto interno: come si potrà sostenere dunque che un giudice straniero debba applicare codesta legislazione nella sua totalità, senza scindere la norma di conflitto dalla norma di diritto interno, se il legislatore stesso che le ha stabilite le vuole alle volte divise?

Codesta idea di voler considerare le norme di conflitto relative a un rapporto giuridico come appartenenti alle norme speciali che regolano quel determinato rapporto, così da formar con queste un tutto unico, non può essere altro che la conseguenza di questo ragionamento: se il nostro diritto rimanda al diritto straniero con ciò esso intende l'accettazione del diritto straniero nel nostro: il diritto straniero sarà quindi trattato come un diritto nazionale ammesso per i casi di rapporti giuridici non nazionali. Ragionamento che, come giusta-

mente osserva il Kahn, è soltanto un prodotto morboso di quella falsa teoria che considera il diritto internazionale come una parte del diritto nazionale dei singoli Stati; ragionamento contro il quale colpiscon giuste le parole del Brinz, ossia che “ considera tutte le leggi e gli statuti del mondo come un'appendice al nostro Landrecht „; l'errore su cui posa risulta evidente quando si osservi che se la norma di conflitto la quale ci chiama ad applicare il diritto straniero è parte integrante del nostro diritto, non ne deriva che anche il diritto straniero che sulla base di quella norma noi applichiamo sia pure anch'esso parte integrante del nostro diritto. Non si può dire che l'art. 718 e seg. del Codice civile francese facciano parte del diritto successorio italiano, quando il giudice italiano li applica sulla base dell'art. 8 Disp. prel.: il diritto straniero rimane diritto straniero e non altro: diritto nazionale è il principio che noi applichiamo e non ciò che noi applichiamo.

§ 11. Vediamo infine quale consistenza abbia l'ultima argomentazione (la quale soddisfa specialmente i pratici) in favore del rinvio.

Se l'unico e vero fondamento per l'applicazione nel territorio del diritto straniero fosse la *comitas gentium*, si potrebbe anche in parte riconoscere l'efficacia di tale argomentazione. Si potrebbe allora dire: quando un legislatore ammette che sul suo territorio, dal suo giudice, un determinato rapporto giuridico sia giudicato secondo una legge straniera, fa ciò per cortesia, per quella gentilezza reciproca che gli Stati sono soliti ad adoperare nelle loro relazioni: ma quando la stessa legge stra-

niera non richiede d'esser applicata, manca la ragione di tale cortesia: il legislatore straniero non richiede che la legge abbia efficacia estraterritoriale e sia obbedito; sarebbe scortese fare ciò che egli stesso non vuole. Lo stesso dicasi quando la legge straniera rimanda all'applicazione di una terza legge: anche in tal caso il giudice adito non dovrà fare niente più e niente altro di quanto gli suggerisce la legge straniera. Sarebbe davvero strano di voler, per *comiter agere,* fare in modo diverso da quanto desidera colui cui ci rimettiamo. Per cui quando si deve giudicare in Italia della capacità di un prussiano da noi domiciliato, quale ragione di cortesia può farci ostinare ad applicargli le norme di diritto interno del Landrecht? Se l'art. 6 del nostro Codice ci rimanda al diritto prussiano, a questo chiederemo come vuole che il cittadino prussiano sia giudicato: e perchè esso preferisce che gli sia applicato il diritto vigente al suo domicilio, il diritto interno italiano, questo decida la questione: fare in modo diverso non sarebbe già *comiter*, ma bensì *inurbane agere.* Non solo: ma ad insistere nella applicazione del diritto interno prussiano che non vuol essere applicato, non ci conforta neppure il desiderio della reciprocità di trattamento: il giudice prussiano, che per la sua norma di conflitto deve preferire il criterio del domicilio, deciderà sempre dell'italiano all'estero secondo la legge del luogo in cui questo sarà domiciliato: non si piegherà mai ad applicargli il diritto interno italiano: se noi insistiamo a far reggere il prussiano dalla legge sua che non vuole esser applicata, la Prussia insisterà a far reggere

l'italiano dalla legge che essa preferisce, non da quella legge che vuol essere applicata. Alla applicazione assoluta e costante del diritto interno prussiano ai prussiani viventi in Italia, mancherebbe pertanto la giustificazione della *comitas* e l'obbiettivo della reciprocità.

Tutt'altro invece se applichiamo il rinvio: con questo si osservano le norme di cortesia e si ottiene la reciprocità: con esso si viene realmente ad ottenere quella *reciprocam utilitatem* che costituisce una delle basi della teoria della *comitas*: ed invero noi abbiamo tutto l'interesse a seguire il desiderio espresso dalla norma di conflitto straniera, perchè alla sua volta il giudice straniero, quando dovrà giudicare di un cittadino italiano, sarà per le stesse ragioni indotto a domandare a noi come desideriamo che sia giudicato e farà ciò che noi gli suggeriamo: così le nostre norme di conflitto otterranno dovunque rispetto.

Queste ragioni che adducono i fautori del rinvio sono fondate su false premesse: essi errano poi anche nel dedurne le conseguenze. A queste fermandoci, non è vero che col rinvio le nostre norme di conflitto ottengano ovunque rispetto: questa è ancora e sempre una illusione: il giudice italiano potrà fin che vuole decidere della capacità del prussiano da noi domiciliato secondo il diritto interno italiano cui è rinviato dalla norma di conflitto prussiana, ma non si otterrà mai che il giudice prussiano alla sua volta, per decider dell'italiano domiciliato in Prussia applichi, come vorremmo noi, il diritto interno italiano, che cioè a noi domandi come desideriamo che sia giudicato, perchè la sua

norma di conflitto che sancisce il criterio del domicilio, al diritto interno in questo vigente direttamente rimanda il giudice, senza permettergli il rinvio alla norma di conflitto italiana.

Inoltre, supposto pure che la *comitas* costituisca il fondamento per l'applicazione del diritto straniero e che quindi ogni giudice non faccia ciò che la legge straniera non vuol fatto, osservo che tuttavia sulla base della *comitas* si è potuto, come in Inghilterra, costruire un sistema di diritto internazionale privato, ossia determinare per es. che lo stato e la capacità siano retti dalla legge del domicilio o dalla *lex loci actus*, ad eccezione degli atti riferentesi ad immobili inglesi, ecc., ecc. Sistema che importa una deroga alla prevalenza assoluta del criterio della *comitas*, ossia che importa da parte del legislatore inglese una sensibile preferenza cortese verso alcune leggi che verso altre. Se dunque sorge conflitto relativamente a un determinato caso fra due legislazioni che vogliano entrambi al caso essere applicate e la decisione spetti al giudice inglese, questi, per un rispetto assoluto alla *comitas*, dovrebbe applicare entrambi le leggi in conflitto, ossia non dare soluzione alcuna: nel fatto avverrà che dalla sua norma di conflitto sarà condotto ad ammettere l'applicazione di una e naturalmente ad escluder quella dell'altra, ossia a non applicar una legge che vuol esser applicata o viceversa.

Ma è inutile insistere su di ciò, quando si voglia ricordare quanto incerta, difettosa, antigiuridica sia la teoria della *comitas*. Non vale davvero la pena di fermarsi a discuterne il valore, quando essa al-

tro non è più che un ricordo storico, quando negli stessi paesi dove è in vigore il diritto anglo-americano, se si parla ancora di *comity*, lo si fa respingendone il concetto e riconoscendo che l'applicazione della legge straniera in determinati casi è tal *debitum justitiae* da far scrivere al Dicey, come espressione dell'opinione comune de' giuristi inglesi: " The application of foreign law is not a matter of caprice or option, it does not arise from the desire of the sovereign of England, or of any other sovereign, to show courtesy to other states „ (1). Ben differente e ben più solido e giuridico è il fondamento del diritto internazionale privato. — Riconosciuta, come un fatto che s'impone per l'evidenza sua, l'esistenza di un vincolo sociale sempre più forte fra gli Stati civili e tanto più forte quanto più sono elevati in civiltà i singoli gruppi politici, da tale società superiore, egualmente come da tutte le altre società umane, si sviluppa naturalmente il diritto che, prodotto di questa associazione superiore, è alla sua volta ad ogni Stato superiore e ad ognuno s'impone come una vera e propria necessità giuridica. Il fenomeno e il problema, sono, con dati più larghi, eguali al fenomeno che si produce e al problema che si presenta in ogni più ristretto gruppo sociale: si tratta della limitazione della attività e della libertà dei singoli mediante l'organamento del tutto per il maggior bene generale; dell'armonia fra l'elemento obbiettivo d'ordine e l'elemento subbiettivo di libertà; nell'interno di ogni Stato il diritto positivo, per il mantenimento

(1) *A digest*, etc., p. 10.

del necessario ordine generale, che si concreta negli istituti di diritto pubblico, viene a limitare e a regolare l'esercizio della attività e della libertà dei singoli individui: nella società internazionale il diritto che da essa si svolge, viene a limitare l'attività e la libertà degli Stati nell'esercizio dei loro diritti subbiettivi. Ma nella società internazionale mancando (per lo stadio odierno della sua evoluzione corrispondente a quello in cui si trovarono le varie società umane in epoca lontanissima dalla nostra), mancando il diritto positivo internazionale e i relativi istituti di diritto pubblico, la funzione loro è imperfettamente assunta da ogni singolo Stato, in omaggio al pensiero ed alla coscienza dell'associazione della comunità degli Stati, e in obbedienza all'elemento giuridico internazionale, prodotto sociale naturale e inevitabile, che poco per volta viene a limitare l'attività di ogni Stato nell'esercizio del diritto subbiettivo di legislazione; viene cioè ad imporre ad ogni Stato l'obbligo di non sottoporre sempre e in ogni caso tutte le persone e le cose che vivono sul suo territorio e i rapporti giuridici che in esso si compiono alla sua legge territoriale, ma di ammettere invece come principio generale che la legge straniera possa avere efficacia all'interno: in altre parole viene ad imporre ad ogni Stato l'obbligo di limitare la competenza legislativa propria solo a quelle cose, a quegli individui e a quei rapporti giuridici che ad esso Stato sono sottoposti. Questo richiede la comunità giuridica internazionale e questo obbligo riconoscono effettivamente gli Stati civili tutti col dettare norme di conflitto nei loro codici in virtù

delle quali, in casi dati, una norma di diritto interno straniero viene a sostituirsi alla corrispondente, ma differente, norma di diritto interno nazionale.

Ma più di questo, l' elemento giuridico internazionale, il principio della giuridica comunità non può richiedere, nè in fatto richiede: nel determinare cioè la competenza legislativa, nello stabilire cioè in quali casi debba o no applicarsi la legge straniera ogni Stato riacquista e deve riacquistare la piena sua autonomia: nessuna autorità astratta ad esso superiore, nessuna sovranità concreta ad esso pari può imporgli di seguire una od altra via.

Non l'autorità astratta che deriva dalla grande società degli Stati, perchè, nella fase attuale di evoluzione del diritto internazionale, troppo gravi sono ancora le incertezze, troppo profondi i disaccordi scientifici, troppo poco, in una parola è evoluto il diritto, per poter credere ch'esista un sistema giuridico così perfetto e conforme a verità da imporsi a tutte le legislazioni: e perchè poi quand' anche alla conquista di questo si fosse arrivati, l'applicazione sua da parte di tutte le legislazioni condurrebbe all'uniforme universale decisione dei conflitti, finalità del diritto internazionale, che escluderebbe la possibilità materiale della applicazione del rinvio: non condurrebbe mai a costringer uno Stato a dipendere da un altro per fissare i limiti della propria competenza legislativa.

Non una autorità concreta ad esso pari, perchè lo vieta il diritto proprio di autonomia e indipendenza.

Se uno Stato nel determinare la competenza legislativa non segue liberamente quel sistema giuridico che crede migliore, ma rimette ad un Stato straniero la determinazione della propria competenza, esso viene ad abdicare ad uno degli attributi essenziali della propria sovranità, ad uno dei diritti necessari alla sua esistenza come Stato, ossia appunto alla indipendenza e all'autonomia. A ciò appunto conduce la dottrina del rinvio: e infatti quando il legislatore italiano, escludendo la competenza propria, nega che il diritto interno italiano sia applicabile al prussiano domiciliato in Italia e poi lo applica in virtù della norma di conflitto prussiana cui dalla propria è rimandato, esso altro non fa che dare applicazione a quel diritto italiano da lui stesso dichiarato inapplicabile e darla sul territorio italiano per volontà del legislatore prussiano! È ciò altrettanto assurdo e inconcepibile quanto veder l'Italia domandare l'autorizzazione alla Francia per giudicare un francese colpevole di un reato commesso in Italia!

Ecco la ragione per cui quando un legislatore stabilisce che un elemento di un dato rapporto giuridico deve esser retto da una legge straniera, esso determina direttamente e direttamente cerca il diritto interno straniero applicabile alla questione: ecco perchè non è possibile supporre ch'esso domandi alla norma di conflitto straniera quale sarà il diritto interno da applicarsi: ecco infine perchè le norme di conflitto adottate in uno Stato hanno un carattere assoluto e non possono mai cedere a norme diverse adottate da altri Stati: esse possono dirsi vere norme di diritto pubblico in quanto la

loro deroga costituisce una ingiustificata violazione dell'autonomia interna degli Stati (1).

E per un'altra ragione poi hanno questo carattere assoluto. Quando un legislatore determina liberamente la propria competenza, non lo fa per un capriccio, non preferisce a caso questo o quel sistema scientifico di diritto internazionale, ma segue quel sistema che crede migliore e che da migliori ragioni esso crede sostenuto: quando p. es. il legislatore italiano compiendo una riforma che largo seguito ha avuto, ha escluso la propria competenza legislativa a reggere lo stato e la capacità degli stranieri domiciliati in Italia e l'ha estesa invece a reggere lo stato e la capacità dei cittadini dovunque si trovassero, lo ha fatto perchè ha creduto, che sede nello spazio dello stato e della capacità della persona fosse lo Stato di cui la persona è suddita, non lo Stato in cui è domiciliata, ossia perchè credette veder rispecchiati nello stato e nella capacità dell'individuo gli elementi della sua nazionalità, perchè la sudditanza è criterio più facile a constatare, più costante, più determinato del domicilio, perchè la legge nazionale corrisponde al rapporto di diritto pubblico che avvince l'individuo allo Stato e per molte altre ragioni che al legislatore sembrarono, e forse sono, inoppugnabili: quando stabilì che a reggere la sostanza delle obbligazioni

(1) Il CATELLANI (*Op. cit.*, pag. 53) scrive che « le regole di diritto internazionale privato adottate in un paese hanno un carattere assoluto che, negli effetti loro, deve assimilarle alle regole di diritto pubblico e di ordine pubblico, » e il BUSTAMANTE (*Op. cit.*, pag. 155 e seg.) e il DIENA (*Op. cit.*, pag. 13) le ritengono vere e proprie disposizioni di ordine pubblico.

convenzionali, salva contraria volontà delle parti, sia competente la legge del luogo in cui gli atti furono fatti o, se i contraenti appartengono allo stesso paese, dalla loro legge nazionale, questa norma di conflitto stabilì perchè credette più conforme a verità e alla natura delle cose riconoscere in genere l'autonomia delle parti, e presumere poi che esse abbiano voluto nel loro silenzio più facilmente e naturalmente riferirsi alla *lex loci actus* o alla legge nazionale comune, secondo le circostanze: e così dicasi per tutte le altre norme di conflitto, italiane o straniere; il legislatore non le stabilisce mai per capriccio, per caso o obbedendo a un criterio di indifferenza, ma per ragioni valide, solide, giuridiche, o che almeno a lui sembrano tali. Ma se tali norme di conflitto sono interpretate nel senso del rinvio, non solo si applicherà in Italia un diritto interno dichiarato dal legislatore italiano incompetente, ma si verrà ad offendere tutte quelle ragioni fondamentali e assolute per cui il legislatore italiano ha sancito quello e non altro sistema di diritto internazionale. — Ammesso il rinvio, tutte quelle basi fondamentali non hanno più ragion d'essere: servono per determinare il diritto internazionale o straniero applicabile, ma non servono più se la norma di conflitto che su di esse riposa ha la funzione di determinar la norma di conflitto straniera che dovrà determinare il diritto interno applicabile: e che cosa ad esse si sostituisce? nulla; l'indifferenza! “ Comment! „ scrive ottimamente il Lainé (1) “ notre législateur se serait désintéressé

(1) De l'application des lois étrangères en France et en Belgique, *Journal cit.*, 1896, p. 256.

du conflit de la loi française avec les lois étrangères, aurait proclamé que la solution lui en était indifférente, que tout système, à ses yeux, était bon, que, notamment, s'il convenait d'appliquer aux français leur loi nationale, il ne convenait pas moins d'appliquer aux étrangers soit la loi du lieu de formation de leurs actes, soit la loi de la situation de leurs biens, au gré des législateurs étrangers! Chose merveilleuse, il aurait fait une loi pour dire expressément qu'il n'en faisait point! „

§ 12. Ma ci possono osservare: tutto ciò sta bene per gli individui, le cose e gli atti soggetti ad un legislatore: sia pure che per questi il legislatore cui son soggetti possa sovranamente determinare quale sia il diritto interno da applicarsi: ma ciò non è per gli stranieri, ossia per gli individui, le cose e gli atti soggetti ad altro legislatore: come il legislatore nostro stabilisce sovranamente quale norma di diritto interno sia applicabile ai propri soggetti, così anche dovrà concedersi al legislatore straniero per i soggetti suoi: e come noi possiamo pretendere che ciò che stabiliamo per i nostri soggetti, sia osservato anche all'estero, così da parte nostra dobbiamo osservare ciò che il legislatore straniero pei suoi soggetti stabilisce. Conseguenza sarebbe per l'Italia questa: per i soggetti all'Italia, ossia per gli italiani sia applicabile dovunque il diritto interno italiano per lo stato e capacità loro: per i soggetti della Prussia, ossia per i prussiani siano lo stato e la capacità loro regolati come desidera il legislatore prussiano, ossia secondo la legge del suo domicilio. Basterebbe osservare che quando un italiano è

domiciliato in Prussia esso, per il legislatore prussiano, non è più soggetto nostro, ma è soggetto suo e che quando un prussiano è domiciliato in Italia esso per il legislatore prussiano non è più soggetto a lui ma è soggetto all'Italia; basterebbe, ripeto, osservar ciò e sarebbe già dimostrato come codesta obbiezione sia campata in aria. Ma vediamo chi la sostiene e come.

Il Fiore in uno studio relativo al matrimonio scrive: " Notre législateur (italien) a admis en principe que les rapports de famille seraient régis par la loi nationale des personnes qui la composent.... Le domicile ne pourrait être pris en considération, qu'autant que la législation en vigueur dans la patrie du mari déclarerait le mariage et les rapports des époux entre eux soumis à la loi du domicile de la famille.... Alors seulement la loi du domicile familial désignée par la législation nationale de la famille pourrait recevoir une application régulière " (1).

E in altro punto più largamente: (2) " Avendo dimostrato come la condizione giuridica di ciascuna persona, e i diritti che ad essa spettano, devono esser determinati a seconda della legge dello Stato a cui essa appartiene per cittadinanza, bisogna poi ammettere conseguentemente, che nello stesso sistema da noi propugnato, alcuni diritti possono dipendere dal domicilio della persona, nell'ipotesi cioè che secondo la legge personale della medesima fosse *espressamente* disposto, che essi doves-

(1) *Op. cit.* in nota 4 a pag. 63
(2) *Op. cit.* in nota 4 a pag. 63

sero esser governati dalla legge del domicilio. Così avviene per quello che concerne il matrimonio e i rapporti di famiglia.

" A norma di certe legislazioni la legge regolatrice della famiglia, che viene ad esser costituita col matrimonio è reputata esser quella del domicilio coniugale. Ora supposto che, a norma della legge dello Stato di cui è cittadino il marito, sia espressamente disposto che i rapporti di famiglia debbano esser retti dalla legge del domicilio coniugale, non si potrebbe fare a meno di attribuire ad essa autorità e di applicare la legge del domicilio coniugale onde decidere le controversie tra coniugi di quel paese e relative allo stato di famiglia, tuttochè, secondo la legge dello Stato, ove pendesse la lite, fosse indicata la legge nazionale dello straniero come regolatrice dei rapporti di famiglia. — Non vale addurre in contrario, che non potendo i Tribunali di ciascun paese fare altrimenti, che attenersi ai precetti del patrio legislatore, essi debbano ognora considerare la legge nazionale di ciascuno, come quella che deve costituire rispetto ad esso lo statuto personale di lui, supposto che il legislatore (così come ha fatto il legislatore italiano) abbia sancita la regola che lo statuto personale deve dipendere dalla cittadinanza. Giova infatti considerare, che, siccome si discute tuttora nella dottrina rispetto al criterio da cui deve dipendere la determinazione dello stato personale della famiglia, e gli uni opinano che debba dipendere dalla cittadinanza, gli altri dal domicilio coniugale, così deve ammettersi, che spetta a ciascun legislatore di stabilire se debba esser data al

preferenza all'uno o all' altro dei due sistemi, e quello, che ciascuna legge a tal riguardo dispone, deve reputarsi imperativo rispetto alle persone *soggette* all'autorità del legislatore. „

Lo stesso pensiero esprime lo Schnell ponendosi dal punto di vista delle leggi che preferiscono il domicilio: " Molte difficoltà, scrive (1), circa il cosidetto rinvio, hanno la loro causa in una errata interpretazione di quelle leggi che determinano lo statuto personale secondo il domicilio. Mediante queste leggi (p. es. prussiana) si prescrive che qualunque persona che abiti all'interno sarà giudicata nei suoi rapporti personali secondo il diritto interno prussiano. Poi da questa legge viene concesso che — come il diritto prussiano applica le leggi interne agli stranieri domiciliati all'interno — così il diritto straniero sottoponga i cittadini prussiani viventi all'estero al diritto del domicilio straniero. Ma in nessun modo vien stabilito che il diritto vigente nel domicilio straniero sia applicabile ai cittadini prussiani, anche se esso stesso non vuole essere applicato. In questo ultimo caso deve invece valere, per i cittadini prussiani viventi all'estero, il diritto loro nazionale, il prussiano. „

Identico è il concetto da cui partono il Fiore e lo Schnell: ma per chiarirlo bene sostiamo per ora a quanto afferma il primo: dunque spetta, com'egli dice, a ciascun legislatore stabilire se debba esser data la preferenza al sistema del domicilio o a quello della cittadinanza e " quello che ciascuna legge a tal riguardo dispone deve riputarsi

(1) *Op. cit.*, in nota 4 a pag. 64.

imperativo rispetto *alle persone soggette all' autorità del legislatore* „ (1).

È bene prima di tutto chiarire un punto che può essere causa di confusione: quando si dice che una persona è soggetta all'autorità del legislatore, non si può intendere necessariamente con ciò che sia suddita dello Stato di codesto legislatore: — per l'Italia è effettivamente così, essendo che il legislatore nostro ha sancito il principio della cittadinanza per reggere lo stato personale e i rapporti di famiglia: questi, così per l'italiano come per il francese, il russo, ecc., saranno retti dalla legge dello Stato di cui ognuno è rispettivamente suddito; anche per l'Italia però non è sempre così; p. es. la capacità dello straniero a sposare in Italia, per l'art. 102 Cod. civile è soggetta bensì all'autorità del legislatore dello Stato di cui è suddito, ma insieme anche all'autorità del legislatore italiano. — Ma per un altro Stato che abbia invece preferito il sistema del domicilio non è più così; credo che il Fiore dovrà convenire che per la Prussia, solo il cittadino prussiano sarà suddito della Prussia, ma all'autorità del legislatore prussiano sono soggetti tutti gli individui, prussiani o

(1) Lo stesso dice il Rolin (*Principes du droit internat. privé*, Paris 1897, Tome 1, n.° 105): « Il y a cependant encore un cas où il faut incontestablement appliquer la loi du domicile à la détermination de l'état et de la capacité de l'étranger. C'est celui où la loi nationale le prescrit. Et, remarquons-le, ce n'est pas là une exception au principe de nationalité, c'en est au contraire l'application. La loi du domicile est dans ce cas, d'après la législation nationale de l'étranger, celle qui sert de base à l'appréciation de son état, de sa capacité; et, en lui en faisant application, on lui applique en réalité la loi de sa nation. »

stranieri, domiciliati in Prussia: mettendosi senza preconcetti dal punto di vista del legislatore prussiano, bisogna ammettere che esso nel determinare lo stato e la capacità delle persone domiciliate in Prussia, prescinde dal vincolo di diritto pubblico che avvince il prussiano alla Prussia e lo straniero alla patria sua: li considera unicamente come individui domiciliati in Prussia e, come tali li assoggetta alla sua autorità.

Per l'Inghilterra infine la capacità a contrattare è soggetta all'autorità del legislatore del luogo dove avviene il contratto, indipendentemente dalla cittadinanza o dal domicilio inglese o straniero delle parti. Insomma il cittadino italiano è, per lo stato personale suo, soggetto all'autorità del legislatore italiano nello stesso senso in cui vi è soggetta la forma o la sostanza di una obbligazione convenzionale contratta in Italia da due stranieri non connazionali, nello stesso senso in cui per il legislatore prussiano è soggetto alla sua autorità l'individuo in Prussia domiciliato, e solo in questo senso. Non si confonda dunque la soggezione di un individuo allo Stato di cui è cittadino e la soggezione della sua capacità ad una determinata legge che può non essere quella dello Stato cui egli politicamente appartiene.

Chiarito ciò, apparisce l'errore del Fiore (1) e e dello Schnell: l'errore consiste nel credere che

(1) Se poi il Fiore credesse che realmente ogni individuo per lo stato e la capacità sua fosse soggetto sempre e per qualsiasi legislazione alla autorità del legislatore dello Stato cui l'individuo appartiene, vedasi le conseguenze di ciò a § 17 dove discuto la proposta del Neumann.

il legislatore cui sono soggetti una persona, una cosa o un atto giuridico possa ad essi applicare un diritto differente dal suo. Dire che un italiano per il suo stato personale è soggetto all'autorità del legislatore italiano, dire che questi è competente a reggere lo stato personale dell'italiano o dire che il cittadino italiano ha determinato il suo stato personale dalla legge italiana, sono espressioni che si equivalgono perfettamente e che vogliono dire tutte questa sola cosa: il diritto interno italiano è applicabile per giudicare dello stato e della capacità del cittadino italiano dovunque esso si trovi o agisca. Concepisce il Fiore la possibilità che il legislatore italiano dica: il cittadino italiano, essendo per lo stato personale suo a me soggetto, voglio che questo stato personale sia retto dalla legge del domicilio? Evidentemente no, perchè sarebbe una contraddizione in termini: se lo crede a sè soggetto, non può attribuire questa competenza ad altra legge che non sia la sua, non può dichiararlo soggetto ad altro legislatore. Dire che una persona per la sua capacità, una cosa per la sua condizione giuridica o un atto per la sua forma o la sua sostanza sono a me, legislatore, soggetti, importa necessariamente l'applicazione ad essi della mia legge, del mio diritto interno: se no, in che cosa sarebbero a me soggetti?

E questa è appunto l'inesatta premessa del Fiore, il quale crede che i rapporti di famiglia di un prussiano domiciliato in Italia, perchè li suppone soggetti all'autorità del legislatore prussiano, possano essere retti dalla legge del domicilio, italiano. Ciò non è: il prussiano sarà sempre sog-

getto alla Prussia, dovunque egli si trovi, ma lo stato suo e i rapporti della sua famiglia non sono soggetti alla legge prussiana che in quanto egli sia domiciliato in Prussia, non in quanto sia suddito prussiano.

E viceversa è supponibile mai che un legislatore dica: tutte le persone domiciliate sul mio territorio sono a me soggette per il loro stato personale; dunque voglio che siano rette dalla legge loro nazionale? no, perchè, se la persona domiciliata è uno straniero, viene ad escludere la soggezione di questo a sè. E questo è appunto l'errore dello Schnell, il quale esclude la competenza del legislatore prussiano a reggere la capacità del prussiano domiciliato in Italia, afferma invece quella del legislatore italiano e suppone che questo, perchè lo ha soggetto a sè in quanto è domiciliato in Italia, possa applicargli una legge differente dalla italiana: non è così, il legislatore italiano non crederà mai soggetto a sè uno straniero in quanto è in Italia domiciliato. Se non si vuol cadere nella avvertita contraddizione in termini, bisogna riconoscere che quando il legislatore italiano stabilisce che la capacità delle persone è retta dalla legge nazionale, afferma direttamente ed esclusivamente la soggezione della capacità di queste persone, cittadine o straniere, al legislatore della loro patria, senza preoccuparsi se questo la voglia e no a sè soggetta: e quando il legislatore prussiano o danese stabilisce che la capacità delle persone è retta dalla legge del domicilio, la assoggetta direttamente al diritto interno vigente al loro domicilio, dovunque esse lo abbiano, senza

preoccuparsi se il legislatore del luogo di domicilio la voglia o no a sè soggetta.

Non dimentichiamo che le norme di diritto internazionale non sono mai una parte del diritto interno: e che perciò quando un legislatore prescrive il sistema della nazionalità, lo fa per tutti, cittadini suoi e stranieri, e applica la legge del loro paese in quanto sono cittadini del loro paese: quando preferisce il sistema del domicilio, applica il diritto interno del loro domicilio dovunque essi lo abbiano, e lo fa in quanto sono colà domiciliati, non in quanto siano sudditi suoi o d'altro Stato.

Col Fiore si viene a dire: il legislatore italiano applica la legge nazionale del prussiano in quanto è suddito e poi applica le legge italiana, in quanto è domiciliato in Italia, senza avvertire che il legislatore prussiano non crede a sè soggetto l'individuo prussiano in quanto sia suddito prussiano, ma solo in quanto sia domiciliato. Con lo Schnell si viene a dire: il legislatore applica la legge italiana in quanto è in Italia domiciliato e poi la legge prussiana in quanto è suddito prussiano, senza avvertire che il legislatore italiano non lo crede a sè soggetto in quanto è domiciliato, e quindi non parte da questo criterio per applicargli la legge nazionale prussiana.

In ambedue i casi ogni legislatore parte da un criterio giusto secondo sè ed errato secondo l'altro legislatore, per arrivare alla applicazione di un concetto a suo avviso errato, ma giusto secondo l'altro legislatore: salvo poi, se i casi si invertono, a far, ognuno dei due legislatori, prevalere il con-

cetto proprio, anche contro la volontà dell'altro: e dando sempre due soluzioni differenti al medesimo caso.

Per persuadersene basta porre a confronto le soluzioni date al medesimo caso dal Fiore e dallo Schnell, uno partendo dal concetto della nazionalità, l'altro da quello del domicilio: I.ª ipotesi, cittadino italiano domiciliato in Prussia: il Fiore giustamente dice: sia giudicato secondo la legge italiana, perchè soggetto al legislatore italiano. Dice lo Schnell, altrettanto giustamente dal suo punto di vista: sia giudicato secondo la legge prussiana, perchè, essendo domiciliato in Prussia, è soggetto al legislatore prussiano. In questo caso nessuno dei due legislatori vorrà mai riconoscere la soggezione altrui: prevarrà sempre e assolutamente il criterio proprio contro il criterio altrui, la soggezione a sè contro la affermata soggezione all'altro. — II.ª ipotesi: cittadino prussiano domiciliato in Italia: dice il Fiore: è soggetto al legislatore prussiano, questo vuole che sia retto dalla legge del domicilio, quindi applichiamogli la legge italiana. Dice lo Schnell: essendo domiciliato in Italia è soggetto al legislatore italiano, ma questo non lo vuol soggetto a sè, dunque applichiamogli il diritto prussiano. In questo caso quindi perfetto omaggio a quella soggezione che ognuno dei due legislatori attribuisce all' altro, contro la volontà e l'opinione di questo.

L'assurdità di queste conclusioni è evidente. L'origine di questa teoria del Fiore e dello Schnell, il suo fondamento primo, sta nella errata supposizione che ogni legislatore debba determinare l'ef-

ficacia nello spazio soltanto delle sue leggi e non anche dalle leggi straniere: e si può facilmente trovarla manifestata negli scritti de' due giuristi. " Nella teoria del diritto internazionale privato, scrive lo Schnell, domina l'opinione che cómpito della legislazione interna sia non soltanto quello di determinare i limiti di dominio nello spazio delle sue leggi, ma anche di determinare i limiti di dominio nello spazio di tutte le leggi straniere. Questa opinione è praticamente ineffettuabile e inconciliabile così coi principii di diritto internazionale pubblico, come coi principii su cui posa l'ordine pubblico di ogni Stato. „ E il Fiore, che implicitamente segue lo stesso pensiero nell'esposizione della sua teoria, lo manifesta poi in altro punto esplicitamente: " sarebbe strano, egli scrive, il supporre che il legislatore italiano avesse avuto in mente di dettare la legge al mondo. „ —

Tutt'altro che strano, tutt'altro che praticamente ineffettuabile.

Il legislatore italiano non solo può farlo, ma deve farlo, ma lo ha fatto già, purchè scriva una sola norma di diritto internazionale nel suo Codice. Ed è facile il dimostrarlo. — Supponiamo pure che il legislatore italiano debba determinare l'efficacia nello spazio soltanto della legge italiana o, ciò che equivale perfettamente, non possa dettar norme che per le persone, le cose e gli atti a sè sottoposti: esso scriverà nel suo Codice un articolo così concepito: lo stato personale del cittadino italiano all'estero sarà regolato dalla legge italiana. In tal modo avrà pensato solo alla sua legge, solo al suo cittadino. Ma codesto cittadino italiano è domici-

liato in Danimarca: e per questo semplice fatto il legislatore danese dirà: esso è sottoposto a me: la legge mia dovrà avere efficacia estraterritoriale, non la legge italiana: la legge mia lo dovrà reggere, anche se si troverà a diporto in Italia.

Il legislatore italiano con la semplice affermazione che le leggi italiane sulla capacità hanno efficacia estraterritoriale, ossia che la capacità del cittadino italiano è retta dal Cod. civ. italiano, ha già dettato legge al legislatore danese e viceversa il danese, con l'affermare che il diritto danese è applicabile a tutti gli individui domiciliati in Danimarca, è venuto a dettar legge all'italiano. E naturalmente nessuno dei due legislatori nè vorrà nè potrà cedere di fronte alla competenza che l'altro afferma.

Continuiamo: contratto fra due stranieri non connazionali, ambe domiciliati in Austria, da eseguirsi in Germania: la volontà delle parti non è manifesta: si tratta di decidere della sua sostanza: il legislatore italiano dirà: sia la sostanza retta dalla *lex loci actus*, dalla legge italiana: per nulla affatto, potrebbe dire il legislatore austriaco; voi dovete giudicare della sostanza secondo la legge del domicilio comune, la legge austriaca: avete torto tutt'e due, soggiungerà il legislatore prussiano, la legge mia, la legge del luogo dove deve esser eseguito il contratto sarà applicabile alla sua sostanza. Tutti e tre i legislatori hanno ragione, perchè ognuno dei tre determina l' efficacia della propria legge, calcola a sè sottoposto quel negozio giuridico: ma ciò facendo detta legge agli altri due. — E i casi si potrebbero moltiplicare.

Solo col determinare quindi quali persone, cose e rapporti giuridici sono a sè sottoposti o in altre parole col determinare quali fra le proprie leggi hanno efficacia fuori del territorio, viene il legislatore a dettar legge al mondo: è questa una vera necessità da cui non può sottrarsi appena egli abbia sancito una sola norma di conflitto.

In una sola ipotesi sarebbe possibile che il legislatore, determinando l'efficacia estraterritoriale della sua legge, a tale necessità si sottraesse: nella sola ipotesi che tutti gli Stati civili adottassero norme uniformi di diritto internazionale: allora soltanto ogni legislatore potrebbe applicare la legge sua alle persone, alle cose e ai negozii giuridici a sè soggetti, sicuro che la sua legge sarebbe applicata anche dagli altri e che la autorità sua su quelle persone, cose e negozi giuridici non sarebbe da altri contestata: allora soltanto il diritto internazionale accolto in un codice sarebbe, sotto un certo aspetto, una parte del diritto interno.

Ma finchè tale ipotesi non si avveri, due principii inoppugnabili devono costituire la base scientifica del diritto internazionale e devono esser strettamente osservati da ogni legislatore quando pone norme di conflitto e da ogni giudice quando le interpreta.

I. *Spetta ad ogni legislatore, relativamente a tutte le persone, a tutte le cose e a tutti i varii elementi dei negozi giuridici, determinare l'efficacia estraterritoriale della legge astrattamente considerata: astraendo cioè dal fatto che questa o quella legge formi parte del diritto interno suo proprio o del diritto interno straniero.*

II. *Determinare l'efficacia estraterritoriale della legge propria o della legge straniera relativamente a una persona, una cosa o un elemento di un negozio giuridico; — dichiarare una persona, una cosa o un elemento di un negozio giuridico soggetto a sè o soggetto ad un legislatore straniero; — dichiarare sè od altro legislatore straniero competente a reggere una persona, una cosa o un elemento di un negozio giuridico, sono tre espressioni differenti di un identico concetto, ognuna delle quali implica necessariamente l'applicazione diretta del diritto interno proprio o del diritto interno straniero alla persona, alla cosa o all'elemento del negozio giuridico.*

L'errore di quanti sostengono più o meno largamente il rinvio, sta appunto nel disconoscere la verità di uno o dell'altro o di ambedue questi principii: ciò conduce necessariamente alla conseguenza di spostare la base del diritto internazionale privato: il problema suo non sarà più di determinare la competenza legislativa fra le varie leggi, ma di determinar la legge che dovrà determinare la competenza legislativa: e quando si abbia ammesso questo, si ha aperto l'adito ad una ricerca infinita: perchè siccome oggi sono differenti i sistemi propugnati dalla scienza e ammessi dalle legislazioni per determinar la competenza legislativa fra le varie leggi, pure differenti saranno nel ricercar la legge che dovrà determinare la competenza legislativa: e quindi nuova indagine per cercar la legge che determini la legge che determini la competenza legislativa e così all'infinito.

§ 13. Un'ultima giustificazione di un caso di rinvio viene data dal von Bar, il quale, pure riconoscendo

che la teoria che combattiamo conduce a un *circulus inextricabilis*, ammette che il giudice di uno Stato che, come l'Italia, abbia sancito il sistema della prevalenza della legge nazionale per reggere lo stato e la capacità e i rapporti di famiglia della persona, debba applicare la legge del domicilio quando decide intorno allo stato e capacità di uno straniero, appartenente ad uno Stato che preferisce il sistema del domicilio. L'opinione del von Bar è identica nelle conclusioni a quella del Fiore, ma ne differisce nelle ragioni date. Quando due legislazioni, egli scrive (1), differiscono nel sistema di determinare lo stato delle persone, ne può risultare un conflitto positivo o un conflitto negativo: positivo, quando ognuna delle due legislazioni vuol sottoposto a sè il caso in questione: (p. es. italiano domiciliato in Prussia). Allora, essendo che ogni tribunale dalla propria norma di conflitto è indirizzato alla legge del suo proprio Stato, la decisione non può essere dubbia. Il tribunale italiano giudicherà il caso secondo la legge italiana, il prussiano secondo la legge prussiana: l'inconveniente sarà quello di ottenere un conflitto di sentenze: inconveniente pur troppo grave ma inevitabile.

Ma nel caso di conflitto negativo, come si dovrà decidere? come giudicherà il giudice italiano lo stato di un prussiano domiciliato in Italia, quando la legislazione italiana fa dipendere il giudizio dalla legge nazionale sua e la legislazione nazionale sua fa dipendere la decisione della legge dal domicilio? Il giudice italiano applicherà la legge

(1) *Theorie ecc.*, n. 94.

del domicilio, il diritto interno italiano, e ciò per questa ragione: " che cosa significa in realtà la disposizione di una legge che faccia dipendere il cosidetto diritto personale dal domicilio e non dalla cittadinanza? Niente altro che questo: che secondo tale legislazione una cittadinanza in senso tecnico per la sfera del diritto privato non esiste. „ Siccome dunque la persona di cui si tratta non possiede in Prussia alcuna cittadinanza nei riguardi di diritto privato, così il caso si presenta come se la persona dal punto di vista del diritto privato non possedesse alcuna cittadinanza: fosse un *heimatlos:* si deve quindi dichiarare per essa competente la legislazione del domicilio.

Dunque, secondo il von Bar, esistono due cittadinanze, una di diritto pubblico che avvince l'in-l'individuo ad uno Stato, l'altra di diritto privato che avvince l'individuo ad una legge. Per quanto questa novissima teoria poco mi persuada, supponiamo pure che sia così. Il von Bar però dovrà ammettere che se questa distinzione è concepibile e possibile da parte di un legislatore che ammetta il sistema del domicilio, essa è inconcepibile e impossibile da parte di un legislatore che sancisca il sistema della nazionalità: per questo non esiste che una sola cittadinanza, rapporto di diritto pubblico fra individuo e Stato, che porta per conseguenza l'applicazione del diritto privato di quello Stato a quell'individuo. Poco importa che il legislatore di quello Stato non lo creda e distingua la cittadinanza in due parti: il legislatore italiano la concepisce come un tutto unico e non potrà piegarsi a concepirla in altro modo per volontà di nessuno.

Per qual ragione ammette il von Bar che questo concetto della distinzione della cittadinanza debba prevalere assolutamente in Prussia, così da far colà giudicare l'italiano domiciliato in Prussia secondo la legge prussiana, l'italiano che ha effettivamente anche codesta cosidetta cittadinanza di diritto privato? Sarebbe forse *heimatlos* anche l'italiano? Se il concetto della doppia cittadinanza deve in Prussia prevalere anche per il cittadino italiano contro il volere del legislatore italiano, il concetto della unicità della cittadinanza dovrà prevalere in Italia anche per il prussiano contro il volere del legislatore prussiano.

La sola ragione che possa addurre il von Bar è, che nel caso ch'egli chiama di conflitto negativo il giudice italiano dalla sua norma di conflitto può essere erroneamente rinviato alla norma di conflitto prussiana e da questa al diritto italiano: nel caso invece di conflitto positivo, il giudice prussiano, dovendo applicare direttamente il diritto interno prussiano, ha chiuso l'adito al rinvio. Ma si sposti un po' il caso e suppongasi che si tratti di un italiano domiciliato in Francia: come giudicherà di esso il magistrato prussiano? O applicherà il diritto interno francese, legge del domicilio, contro ragione, perchè l'italiano non è un *heimatlos*, gode interamente così la cittadinanza di diritto pubblico come quello di diritto privato. O riconoscendo che l'italiano non è un *heimatlos*, applicherà il diritto civile italiano, ponendosi in contraddizione con sè stesso, perchè, se fosse domiciliato in Prussia, gli applicherebbe il diritto prussiano, ossia lo calcolerebbe *heimatlos*.

Il vizio del ragionamento del von Bar sta nell'aggiungere ai vari criteri delle norme di conflitto codesto novissimo criterio della doppia cittadinanza e di far prevalere ora i primi, dimenticando il secondo, ora il secondo, dimenticando i primi, come a lui arbitrariamente pare.

§ 14. E veniamo finalmente all'ultima teoria, a quella che sostiene lo Schnell relativamente al caso speciale che il giudice di uno Stato debba giudicare un conflitto sorto fra le legislazioni di due altri Stati.

Egli scrive (1): i singoli Stati riconoscono da sè stessi che la loro sovranità è limitata al territorio, alle persone e ai rapporti giuridici che loro singolarmente appartengono. Nessuno Stato pretende di avere la sovranità su tutto il mondo, su tutto il genere umano e su tutti i rapporti giuridici esistenti e nessuno Stato può neppure ordinare ai propri giudici di supporre sempre, per ogni questione giuridica ad essi sottoposta, che tutti i paesi, gli individui e i rapporti giuridici del mondo intero siano sottoposti alla sua sovranità. Un tale ordine ai propri giudici sarebbe una aperta usurpazione nella sfera di sovranità degli Stati stranieri; sarebbe incompatibile coi principii su cui posa l'ordine pubblico d'ogni Stato civile, e in asprissima contraddizione coi principii di diritto giudiziario interno, il quale è stabilito per dichiarare i diritti esistenti, non per creare nuovi diritti od offendere i diritti esistenti, in contraddizione infine coi principii di diritto transitorio e col doveroso rispetto dei diritti acquisiti.

(1) Op. cit. in nota 4 pag. 64.

In fatti nessuno Stato ha mai stabilito che tutte le questioni giuridiche sottoposte ai propri tribunali siano giudicate secondo il diritto suo interno: si riconosce anzi generalmente che uno Stato, dal fatto che i suoi tribunali sono competenti a decidere una determinata questione, non è per nulla autorizzato a farla decidere secondo la *lex fori.* " Il potere giudiziario non concede affatto potere legislativo. „ — Essendo dunque la sovranità di ogni Stato limitata quanto al territorio, alle persone e ai rapporti giuridici, non può uno Stato attribuirsi l'autorità di determinare quale sovranità straniera debba governare persone, cose e rapporti giuridici a lui non sottoposti. Come l'impero germanico non è autorizzato a staccare un tratto di territorio dalla Francia e ad annetterlo alla Spagna, così non è neppure autorizzato a segnare i confini territoriali fra Francia e Spagna, ad attribuire la cittadinanza francese ad uno spagnuolo o viceversa, nè infine a prescrivere alla Francia ed alla Spagna come debbano regolare vicendevolmente l'efficacia nello spazio dei loro rispettivi poteri legislativi nella sfera del diritto privato, non sottoposta alla sovranità germanica.

Così p. es., in una convenzione dell'11 novembre 1874, la Germania e la Russia stabilirono che la successione immobiliare dei loro rispettivi sudditi sia regolata secondo la *lex rei sitae.* Se un giudice italiano dovesse giudicare della successione di un germanico morto lasciando beni immobili in Russia, egli dovrebbe per l'art. 8 Disp. prel. giudicare della successione secondo il diritto germanico, legge nazionale del *de cujus,* contrariamente a

ciò che vogliono la Germania e la Russia. Ora il legislatore italiano non ha nessuna sovranità nè sopra il defunto nè sopra i beni e non può determinare esso come debba esser regolata tale successione, non può ordinare al suo giudice di applicare una legge che non vuole esser applicata. — Come per decidere in Germania se Siviglia appartiene alla Spagna il giudice ricorrerà al diritto pubblico spagnuolo; per decidere se un estradando sia francese o russo ricorrerà alla legge francese o alla russa o agli accordi convenzionali sulla cittadinanza eventualmente esistenti fra Francia e Russia; così per decidere se una persona o un rapporto giuridico non sottoposto alla Germania deve esser giudicato secondo la legge francese o russa, ricorrerà a ciò che concordemente nelle legislazioni o nelle convenzioni stabiliscono la Francia e la Russia.

Che se poi fra questi due paesi non esistono convenzioni e le due legislazioni sono in disaccordo, allora il giudice germanico, per decidere il caso, ricorrerà alle norme di diritto internazionale privato accolte nella legislazione del suo paese; p. es.: supponiamo che l'impero germanico abbia stabilito che la successione legittima di un tedesco sia retta dalla legge tedesca, anche se il defunto fosse domiciliato all'estero: e supponiamo che il giudice germanico debba giudicare della successione legittima di un cittadino di uno Stato A, domiciliato in uno Stato B, e che le leggi dei due Stati A e B vogliano esser applicate: in tal caso il giudice dovrà ritenere ingiustificata la pretesa dello Stato B di applicargli la sua legge e dovrà giudicare secondo il diritto vigente in A, perchè secondo l'opinione del legi-

slatore germanico la cittadinanza costituisce un tal vincolo fra suddito e Stato da autorizzare questo a regolare anche la successione del suddito.

Tale la teoria dello Schnell: la quale ha come base fondamentale due errori: uno di fatto e l'altro di diritto. Il primo di credere che ormai sia pacifica fra gli Stati la distribuzione della competenza legislativa e che mai possa avvenire che una persona, una cosa o un rapporto giuridico, che l'Italia, per alcuni criteri, crede a sè soggetto, possa per altri criteri esser creduto sottoposto a sè dalla Germania o da un terzo Stato. Quanto poco questo corrisponda a verità e come appunto il conflitto si sollevi nel determinar tale competenza ho detto più sopra ed è inutile ripeterlo. Il secondo errore, di diritto, sta nel supporre che una persona o una cosa sia sottoposta alla sovranità di uno Stato, perchè è retta in un caso speciale dalla legge di questo Stato: ciò può essere per tutti quegli Stati che ammettono il principio di nazionalità, ma non per tutti quelli che preferiscono il criterio del domicilio: per la Prussia p. es.: il prussiano rimane sempre suo suddito, anche se essendo domiciliato in Francia, è retto dalla legge francese: nè la Francia si sogna di crederlo soggetto alla sua propria sovranità. — Notati questi due errori, tutta la teoria dello Schnell di per sè cade.

Ma altre osservazioni si possono fare: se è vero che il legislatore italiano scrivendo l'art. 8 e il giudice applicandolo al caso della successione del tedesco in Russia, commette così enorme violazione dei diritti sovrani tedeschi e russi da essere inconcepibile, come va che il giudice tedesco

non ne commette alcuna contro lo Stato B, quando contro il suo ordine sovrano applica la legge vigente in A?

Ancora: se è vero che il legislatore italiano non può pretendere che sia applicato l'art. 8 e che il giudice italiano lo deve considerare come non scritto, se deve decidere della successione immobiliare del russo in Prussia, essendo che, altrimenti agendo, legislatore e giudice commetterebbero un'offesa alla sovranità russa e prussiana eguale a quella di cui sarebbero colpevoli dichiarando e giudicando annessa la Pomerania alla Russia, perchè allora il legislatore italiano dichiarando e giudice giudicando retto dalla legge italiana l'italiano domiciliato in Prussia, non commetterebbero un'offesa alla sovranità prussiana eguale a quella di dichiarare Berlino città soggetta all'Italia?

Finalmente nell'esempio dato dallo Schnell del giudizio fatto dal magistrato italiano della successione del prussiano in Russia si capisce come il giudice italiano, erroneamente interpretando l'art. 8, applicando cioè la teoria del rinvio, possa dalla norma di conflitto italiana esser rinviato a quella prussiana e decidere come vogliono Prussia e Russia. Ma in molti altri casi ciò è assolutamente e materialmente impossibile. Suppongasi che il *de cujus* prussiano fosse domiciliato in Danimarca e che il giudice fosse inglese: questi, dalla norma di conflitto inglese, sarà rimandato alla applicazione della norma di conflitto danese: ma questa preferisce pure il criterio del domicilio e quindi applicherà il diritto interno danese e troverà chiusa qualunque strada per arrivare alla applicazione del

diritto prescritto dalla Prussia e dalla Russia. Come è mai possibile supporre, come mai si può comprendere che in tal caso i giudici inglesi e i danesi mettano in non cale la norma di conflitto ordinata loro dai loro rispettivi legislatori, per obbedire a ciò che prescrivono i legislatori prussiano e russo? O non sarebbe forse, come vuole lo Schnell, eguale questo caso a quello in cui la Danimarca regalasse il Jutland alla Prussia e l'Inghilterra il paese di Galles alla Russia?

Codesto oblìo da parte del giudice della norma di conflitto della *lex fori*, non sarebbe possibile altro che nel caso in cui il legislatore suo, dopo aver stabilito le norme di conflitto che crede migliori, scrivesse un articolo così concepito: " queste norme di conflitto non saranno applicabili ai casi ne' quali si verifichino le condizioni seguenti: I.ª che la persona, la cosa o l'elemento del rapporto giuridico di cui si tratta non possa in modo alcuno esser retto dalla legge del giudice adito; II.ª che gli Stati interessati al caso unanimemente dichiarino applicabile una sola legge. Verificandosi tali condizioni, anche il giudice adito tale legge applicherà. „

Ora io posso concepire come un tale articolo possa esser scritto: posso anche credere utile, per equità, una tale disposizione (ma, intendiamoci, per *equità*, *pro bono pacis*, non per principio giuridico) ma finchè non sia scritta, ogni giudice non potrà mai per volere di uno Stato straniero dimenticare ciò che il proprio legislatore gli impone di osservare e far osservare.



V.

La giurisprudenza contraria al rinvio.

§ 15. Fortunatamente tutte quelle sentenze favorevoli al rinvio, che in principio del nostro studio abbiamo esaminato, non hanno potuto formare una giurisprudenza assolutamente costante: qualche giudicato francese o germanico ed uno svizzero respinsero la nuova teoria più per ragioni sentite che dimostrate. Vale la pena di esaminarli.

a) Capacità ad obbligarsi della donna maritata.

1. Il tribunale cantonale di Zurigo, per l'applicazione degli art. 19 e 32 della legge federale sui rapporti di diritto civile, aveva giudicato della capacità d'obbligarsi della donna originaria della Pennsylvania o del Massachussets maritata ad uno straniero e non domiciliata in Svizzera, secondo il diritto che reggeva il regime matrimoniale quanto ai beni.

Il tribunale federale riformò questa sentenza perchè giustamente credette che la capacità della donna maritata non dipendesse affatto dal diritto

matrimoniale quanto ai beni e perchè: " en l'espèce il y a seulement à fixer la capacité juridique de la défenderesse; cette capacité est régie suivant l'art. 10 al. 2, loi fédérale, concernant la capacité civile, par la loi de l'État dont la défenderesse est ressortissante et il faut entendre par là l'État dont elle est originaire. C'est ce qui résulte soit de l'al. 2 de l'art. 10, soit de la comparaison de cet al. avec l'al. 1 du même article. On pourrait se demander si le droit du pays d'origine devrait être appliqué lors même qu'adhérant au principe de la territorialité, il renverrait à la loi du domicile; mais la volonté du législateur a été de trancher la question d'une manière définitive sans considérer si le droit du pays étranger suit ou non les ressortissants, au lieu de leur domicile „ (1).

2. Una donna inglese, moglie ad un inglese, era domiciliata in Francia, dove veniva citata per il pagamento di una certa somma dovuta ad un sarto. L'attore, sostenendo che la legge nazionale inglese non richiede alla moglie inglese l'autorizzazione maritale per obbligarsi, domandava l'applicazione della legge inglese in virtù dell'art. 3 Codice civile. La convenuta opponeva che l'art. 3 rinviava alla norma inglese di conflitto e, questa volendo la capacità d'obbligarsi retta dalla legge francese, essa non si riteneva tenuta a pagare, non avendo avuto l'autorizzazione maritale. Il sostituto Vuébat era favorevole ad accogliere la tesi della convenuta perchè non ammettendo il rinvio " on pour-

(1) Tribunale federale svizzero, 6 aprile 1894 — *Semaine judiciaire XVI*, 1894, n. 26 e *Zeitschrift cit. IV* , pag. 390.

rait être fort embarrassé pour se prononcer sur l'état et la capacité en France des Anglais et des citoyens des États-Unis „ (!).

Non ammetteva però assolutamente il rinvio, ma sosteneva che " en résumé, il y a lieu d'accepter le renvoi de la loi anglaise à la législation française, mais avec cette restriction que l'Anglais ne pourra invoquer en France des droits dont il n'aurait pu se prévaloir de l'autre côté de la Manche, ni demander l'application des dispositions qui n'ont pas d'équivalent dans le droit anglais. J'estime, en conséquence, qu'il y a lieu de décider que la femme mariée de nationalité anglaise, ayant son domicile en France, n'est pas fondée à réclamer la nullité d'un engagement pris par elle, pour défaut d'autorisation maritale ou de justice. Les articles 215 et suivants du Code civil, en effet, n'ont pas d'équivalent dans la loi anglaise, et les Anglais ne peuvent s'en prévaloir. „

Ma fortunatamente il tribunale, quanto all'ammissione del rinvio, fu di diverso avviso: " Attendu, „ dice la sentenza, " qu'on ne saurait accepter le renvoi par la loi étrangère à la loi du domicile ; qu'en effet en décidant que la loi applicable à l'état et à la capacité des étrangers en France est leur loi nationale, le législateur français a considéré que l'état et la capacité des personnes étant une dépendance étroite de leur nationalité, cette loi est mieux placée que toute autre pour apprécier les conditions d'où la règle juridique doit dériver, et qu'elle doit être observée par des motifs supérieurs de raison et de justice; mais qu'exposant ce principe, le législateur n'a pas en vue la règle

de droit international admise en cette matière dans la législation étrangère, puisque lui-même, dans l'exercice de sa souveraineté, établit cette règle et donne la solution du conflit de la loi française avec les lois étrangères, en disposant que les étrangers sont régis en France par leur statut personnel, et en ordonnant aux juges français de leur appliquer leur loi nationale; — Que c'est là une règle impérative à laquelle il échet de se conformer, et que l'on ne saurait y substituer la conception différente d'une législation étrangère attachant en la matière plus d'importance au domicile qu'à la nationalité „ (1).

b) Diritti di famiglia.

3. Un prussiano domiciliato nel Baden domandava alcuni diritti sui beni del figlio minore che gli sarebbero stati concessi per applicazione del diritto badese, rifiutati secondo il diritto prussiano. L'Oberlandgericht di Karlsruhe respinse la domanda non interpretando l'art. 3 del Landrecht badese (identico all'art. 3 Cod. civile) nel senso del rinvio. L'attore si appellò sostenendo che fosse da applicarsi il diritto interno badese per rinvio del § 23 del Landrecht prussiano. Ma il Tribunale dell'Impero respinse l'appello: " l'art. 3, disse, non deve esser inteso nel senso del rinvio: questa disposizione si riferisce allo statuto personale straniero e non già al diritto straniero in generale. Esso non indica il

(1) Tribunale Senna 10 febbraio 1893 — *Journ. cit.* 1893, pag. 530.

diritto nazionale come quello secondo il quale si debba risolvere il conflitto in questione, ma esso direttamente decide la questione di diritto internazionale „ (1).

c) Contratto fra assenti.

4. Una compra-vendita di una certa quantità di vino da spedirsi da Barletta a Berlino era stata conchiusa fra assenti senza che fossero determinate dalle parti le speciali disposizioni che doveano regolare il contratto. Sorta, intorno a questo, contestazione l'O. L. G. di Kolmar indagò a quale legge avessero le parti intenzione di sottoporre l'obbligazione e giudicò esser la legge del luogo di esecuzione ossia la legge italiana. “ Ma questa non già nel senso che sia innanzi tutto da cercare da quali leggi secondo la legge italiana debba esser retta la esecuzione dell' obbligazione. Le parti non ebbero certo questo pensiero e neppur poterono avere l'intenzione di riferirsi ad esso perchè da esso risulterebbe una incertezza difficilmente solubile (2). „

d) Validità intrinseca d'un testamento.

5. Certo C. R. G. nato a Calcutta, dopo aver abitato per più di 30 anni Strasburgo, morì, la-

(1) Reichsgericht, 31 maggio 1889. *Annalen der bad. Gerichte.* Vol. 55, pag. 139 s. e 140 s. e *Juristische Wochentschrift,* 1889, p. 399.

(2) Oberlandgericht Kolmar, 1893. *Zeitschrift cit.* IV, pag. 151 e *Juristische Wochenschrift,* v. 18, p. 495.

sciando un testamento olografo fatto a Strasburgo, e parecchi beni mobili e immobili in Alsazia-Lorena e mobili all'estero. Una nipote contestò la validità del testamento, presentando altri due testamenti olografi del defunto. Il Landgericht di Strasburgo (diritto francese) decise di dover applicare per giudicare della capacità a testare, il dir. nazionale (anglo-indiano) del testatore; della validità formale dei testamenti il dir. francese *lex loci actus* o il dir. anglo-indiano, per applicazione dell'art. 999; della validità intrinseca il dir. anglo-indiano. Ma il *Indian Succession Act.* del 1865 al § 5 stabilisce: " Nelle Indie Britanniche la successione immobiliare è retta dalla legge anglo-indiana qualunque sia il domicilio del defunto al momento della morte. La successione mobiliare è retta dalla legge del paese di domicilio al momento della morte "; e questa seconda disposizione è intesa da' giudici indiani nel senso inglese, ossia nel senso della applicazione completa (anche delle disposizioni di dir. internazionale) della legge dell'ultimo domicilio. Il giudice di Strasburgo quindi si domandò: dovendo io per alcune questioni applicare il dir. anglo-indiano dovrò io applicare il § 5 dell'*Indian Succession Act.*? E siccome questo paragrafo rinvia, almeno pei mobili, al dir. francese, dir. dell'ultimo domicilio, dovrò accettare questo rinvio e decidere secondo il dir. successorio francese? " No. Malgrado il rinvio, siccome per il caso in questione è decisivo il dir. anglo-indiano in quanto che è il dir. nazionale del *de cujus*, esso applicheremo anche se esso stesso non vuol esser applicato. Poichè il diritto nostro che deve stabilire secondo qual legge

dobbiamo decidere, non ci indirizza al dir. straniero, nel suo complesso così che esso sia decisivo anche per la questione della legge da applicare, ma ci indirizza invece alle norme giuridiche applicabili alla decisione del rapporto giuridico in questione. Se si accettasse il rinvio anche il nostro diritto dovrebbe, come lo straniero, esser preso nel suo complesso e poichè esso ci indirizzerebbe di nuovo al dir. straniero, il giudice sarebbe eternamente rimandato da uno all'altro senza mai arrivare ad una decisione „ (1).

e) Forma del testamento.

6. Relativamente alla validità di un testamento congiuntivo fatto a Baden-Baden da due coniugi colà domiciliati, firmato da ambedue e scritto dal marito il quale, originariamente cittadino amburghese, aveva, prima della confezione del testamento, acquistato la cittadinanza prussiana mentre era domiciliato a Francoforte s. M. senza perdere l'amburghese, il Tribunale dell'Impero, per considerazioni che ora non ci interessano, approvò l'appellata sentenza dell' O. L. G. secondo la quale per applicazione del § 2 tit. I dell'editto badese del 1808 la questione intorno alla validità del testamento doveva esser decisa secondo il Codice vigente in Amburgo o secondo quello in vigore a Francoforte s. M. Approvò pure l' appellata sentenza in quanto aveva interpretato il § 2 nel senso

(1) Landgericht Strasburgo, 13 giugno 1892. — *Zeitschrift cit.*, vol. III, p. 420 e *Zeitschrift f. franz. Civilrecht*, vol. 23, p. 689.

contrario al rinvio. " Il Tribunale dell' Impero fu di questo avviso considerando che il § 2 per il suo tenore non può esser interpretato in modo che stabilisca la legge nazionale del testatore aver da decidere qual diritto sia applicabile, e d'altra parte osservando star nella natura della cosa che il diritto badese per il giudice badese decida immediatamente la questione di diritto internazionale secondo cioè qual legge il diritto successorio debba giudicarsi " (1).

f) SUCCESSIONI.

7. W. S. vürtemberghese, figlia illegittima dimorante in Heidelberg, muore colà, lasciando superstite la madre e un figlio illegittimo che morì pure poco dopo. — Alla domanda del notaio quale legge fosse da applicarsi alla successione — il Ministero rispose: " Secondo il § 2 del VI Constitutionsedickt la successione si regola secondo la legge nazionale del defunto — questa è dunque da applicarsi quand'anche essa per la questione di diritto successorio rimandasse alla legge del domicilio del *de cujus*. " Per cui sebbene nel Würtemberg sia vigente il diritto comune il quale vuol regolata la successione dalla legge del domicilio, sia l'affare in questione da giudicarsi secondo il diritto successorio del Würtemberg (2).

(1) Reichsgericht 24 aprile 1894 — *Zeitschrift cit.*, vol. VI, pag. 58 e *Zeitschrift f. franz. Civilrecht*, vol. 25, pag. 437.

(2) Ordinanza del Ministero di grazia e giustizia del Grand. di Baden, n. 22005 del 10 dic. 1890 — *Annalen der Badischen Gerichte*, n. 57, 1891, pag. 14.

8. Il Tribunale dell'Impero concorda perfettamente con quanto attualmente pensa l' O. L. G. che cioè il § 2 lit. 1 del VI badese Constitutionsedickt decida immediatamente la questione del diritto successorio da applicarsi in senso materiale ossia che il diritto materiale successorio della patria del *de cujus* sia da applicare. Il Tribunale dell'Impero arriva a questa conclusione considerando che secondo la lettera del citato editto si è obbligati ad interpretarlo nel senso che il diritto nazionale del *de cujus* non deve decidere qual diritto relativamente alla successione sia da applicare, e che d'altra parte dalla stessa natura delle cose si ricava che il diritto badese per il giudice badese immediatamente determina la norma di diritto internazionale privato su qual legge territoriale il diritto successorio riposi (1).

9. Si trattava di decidere se i rapporti patrimoniali fra coniugi potevano influire sul regolamento della successione del marito morto domiciliato nel Würtemberg e cittadino badese. Il Tribunale dell' Impero approva le decisioni del Tribunale di prima istanza e di quello d' appello ambe di Stoccarda e aventi quindi come diritto proprio il Landrecht del Würtemberg del 1610 e, ove questo taccia, il diritto comune: le decisioni partono dal principio che il magistrato competente debba secondo il diritto proprio decidere qual diritto particolare sia da applicare al rapporto giuridico in questione. Osservato che il Landrecht del

(1) Reichsgericht 1 maggio, 1894, BOLZE, *Praxis cit.*, vol. 18, 1895, n. 8, pag. 4.

Würtemberg, *lex fori,* non contiene disposizioni che stabiliscano a qual diritto soggiacia la successione di uno straniero morto domiciliato in esso Stato, applica il diritto comune, pure *lex fori* supplettiva alle lacune del Landrecht. Applicando quindi il diritto comune " dovrà la questione decidersi secondo la legge successoria dell'ultimo domicilio del *de cujus,* senza aver riguardo alla sua nazionalità al momento della morte — ossia, nel caso, secondo le norme di diritto successorio vigenti nel Würtemberg anche se il defunto fosse stato cittadino badese „ (1).

10. Il Tribunale doveva decidere intorno ai diritti di una vedova sui beni mobili di sua figlia morta minorenne domiciliata nel Würtemberg e cittadina alzasiana. — La madre, sarebbe succeduta per metà nel patrimonio della figlia applicando la legge nazionale della *de cujus* (art. 746 Cod. civ. fr.), per intero applicando la *lex domicilii postremi* (Parte IV, Tit. XIX, § 2 Landrecht del Würtemberg). Il Tribunale, mancando una legge dell'Impero che decida il caso ne cercò la soluzione nel diritto territoriale dell'Alsazia-Lorena, ossia nel diritto francese, *lex fori,* anche considerando che " il diritto internazionale privato veramente non si fonda su speciali norme giuridiche internazionali ma effettivamente su norme territoriali. „ Il diritto francese vuol regolati i mobili e quindi anche la successione di essi dallo statuto personale del *de cujus* proprietario. " La controversia

(1) Reichsgericht 3 marzo 1896 *Entscheidungen des R. G. in Civilsachen,* vol. 36, 1896, n. 51, pag. 205.

se lo statuto personale sia retto dal domicilio o dalla nazionalità è risolta dall'art. 3 Cod. civ. fr. in favore dell' ultima. Soltanto nel caso in cui vi fosse una disposizione speciale relativa allo statuto personale successorio che sancisse l'antica teoria giuridica francese sarebbe possibile determinarlo, come quella sosteneva, secondo la legge dell'ultimo domicilio. Ora una speciale disposizione non esiste: anzi l'art. 110 Cod. civ. fr., per la lettera sua e per il posto che occupa nel sistema, è soltanto una attribuzione di competenza che serve di base alla applicazione degli art. 770, 784, 793, 812, 822, Cod. civ. fr.: e da esso non si può ricavare la regola giuridica per cui la questione pregiudiziale, quale legge debba trovar applicazione al regolamento d'una successione, sia da decidersi secondo le norme vigenti al luogo d'apertura della successione. — Tale questione pregiudiziale così per le altre materie come per il diritto successorio è decisa dall' art. 3 in modo immediato e definitivo. Il giudice alsaziano deve seguire questa disposizione del suo diritto territoriale senza riguardo ad una eventuale collisione con le contrarie o *rinvianti* leggi del luogo d'apertura e deve, conseguentemente alla legge nazionale, applicare il diritto interno per il cittadino domiciliato all'estero, il diritto straniero per lo straniero domiciliato di fatto in Alsazia-Lorena „ (1).

(1) Landgericht Strasburgo, 31 ottobre 1892. — *Zeitschrift cit.*, vol. III, pag. 416.



VI.

Il rinvio nel diritto positivo e nel diritto costituendo.

§ 16. Le critiche fatte alla dottrina del rinvio in quanto è applicata dal giudice nell'interpretazione di norme di conflitto semplici, si attagliano perfettamente alla stessa dottrina anche quando sia sancita in un Codice o in una legge speciale.

Il rinvio rimane sempre un errore massimo ed è veramente deplorevole e molto dannoso il fatto che alcuni legislatori, disconoscendo il loro preciso diritto, abbiano sancito alcune norme di conflitto che danno autorità di legge a così errata dottrina.

Le conseguenze assurde che derivano da tal fatto appariranno in tutta la loro gravità, quando nella pratica si verificheranno conflitti fra due o più norme di diritto internazionale rinvianti. E forse allora, come è da augurare, saranno modificate quelle legislazioni che accolsero la fallace dottrina.

§ 17. Non è questo però il desiderio generale: che anzi alcuni propongono l'accoglimento del rinvio nelle legislazioni positive.

Il Neumann (1), fra questi, nel suo progetto di

(1) *Op. cit.*, in nota 1, pag. 64.

codificazione del diritto internazionale privato per il Codice civile germanico, espone una curiosa teoria che merita la pena d'esser esaminata. Egli, dopo aver constatato l'inconveniente già noto della diversità di decisioni date allo stesso caso secondo che di esso vien giudicato da un tribunale di un paese o da quello di un altro, crede di poterlo togliere o almeno diminuire con un suo sistema che riassumo. Ogni legislatore, scrive il Neumann, non può pretendere che sul suo territorio ad ogni rapporto giuridico siano applicate le leggi sue territoriali: ma deve considerare le disposizioni legislative degli altri Stati civili quali fonti giuridiche coordinate alle proprie e che possono essere applicate sul suo territorio a preferenza delle proprie, quando la natura della cosa lo richieda. E ciò riconosce e stabilisce col dettar norme di diritto internazionale privato.

Ma come le norme di diritto interno nazionale devono essere coordinate alle norme di diritto interno straniere, egualmente anche le norme di diritto internazionale accolte in un codice, devono essere coordinate alle norme di diritto internazionale accolte nelle legislazioni straniere.

Per cui ogni legislatore legiferando il diritto internazionale deve tener presenti questi due principii:

I.° Ogni conflitto è da giudicare secondo quel diritto internazionale privato che secondo la natura della cosa è competente.

II.° Ogni legislazione, relativamente ai conflitti sottoposti alla sua competenza, in virtù del principio I°, regola il diritto internazionale privato solo

come essa ritiene lo suggerisca la natura della cosa e fa applicare questa disposizione senza riguardo ad altra differente disposizione vigente in altro Stato.

Dopo quanto ho avuto occasione di osservare alla teoria del Fiore e dello Schnell, è superfluo spender troppe parole per mostrare la assurdità della teoria del Neumann.

Esso commette appunto l'avvertito errore di credere che una legislazione che si crede competente a reggere la capacità dei nazionali possa sancire una norma di conflitto che ordina sia la loro capacità retta dalla legge del domicilio, o viceversa.

Inoltre poi, siccome v'è tutt'altro che concordia nel determinare secondo la natura della cosa quale legislazione sia competente a reggere un determinato rapporto giuridico, ne verrà la necessità di fare ancora un passo più avanti per stabilire quale legislazione sarà competente a determinare la legislazione competente secondo la natura della cosa e così all'infinito.

§ 18. Il Fusinato (1) e lo Strisower (2), sebbene decisi avversari del rinvio, lo vorrebbero ammesso eccezionalmente nelle convenzioni fra due o più Stati che avessero nelle loro rispettive legislazioni norme di conflitto differenti, e ciò allo scopo di pacificazione, allo scopo di evitare la diversità di giudicati nel medesimo caso. Ma neppur questa proposta mi par da accettare: ed invero o l'obbligo di interpretar la propria norma di conflitto

(1) *Op. cit.*, in nota 1. pag. 67 e risposta al mio questionario.
(2) Risposta al mio questionario.

nel senso del rinvio viene assunto da ambe gl Stati e la diversità di giudicati continuerà a sussistere (1): o l'obbligo viene assunto da uno Stato solo e allora è inutile ricorrere all'espediente del rinvio: basta che questo Stato eccezionalmente riconosca per i rapporti fra i suoi sudditi e i sudditi dell'altro contraente un principio differente da quello sancito nel suo Codice e otterrà semplicemente lo scopo desiderato.

P. es. se l'Italia e la Danimarca, per evitare che di un danese domiciliato in Italia o di un italiano domiciliato in Danimarca venga deciso dal giudice di uno dei due paesi differentemente che da quello dell'altro, volessero stringere una convenzione, basterebbe che l'Italia si piegasse a riconoscere direttamente ciò che indirettamente verrebbe a stabilire accogliendo il rinvio, ossia che si obbligasse a giudicare della capacità del suddito di uno dei due Stati domiciliato rispettivamente nell'altro Stato secondo la legge del domicilio, o che la Danimarca accondiscendesse a riconoscere nei suoi rapporti con l'Italia il principio della nazionalità.

Accogliere il rinvio in una convenzione, stabilire cioè, p. es., che l'art. 6 delle Disp. prel. deve essere interpretato come rinviante nei rapporti fra l'Italia e la Danimarca è quindi inutile: ma per di più è anche pericoloso, perchè questo riconoscimento da parte dello Stato della possibilità di interpretarlo in tal modo, può facilmente indurre in tentazione i giudici a interpretarlo così anche

(1) Vedi pag. 70.

quando non si tratta di un danese, di un individuo cioè per il quale, in virtù di convenzione, vigono norme speciali.

§ 19. Giunto alla fine di questo studio non posso nascondere un pensiero che più volte mi venne alla mente scrivendo queste pagine: che cioè la teoria del rinvio è tanto illogica, antigiuridica, erronea, assurda che se non fosse stata tanto largamente accolta nella giurisprudenza e nelle legislazioni e tanto ostinatamente difesa da giuristi di alto valore, mi sarebbe sembrato, rompendo contr'essa una lancia, di fare opera così vana come quella di don Chisciotte combattente contro a' mulini a vento.

Fine.